Tracts 1596. (1)

Observations

sur le

Système du droit privé

par

Gottlieb Auguste Meumann
Professeur à la Faculté de Droit.

ROYAL COLLEGE OF SURGEONS OF ENGLAND
-4 FEB 10
LIBRARY

Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université.
1559 — 1909

GENÈVE
1909

18

Observations

sur le

Système du droit privé.

Mémoire publié à l'occasion du Jubilé de l'Université de Genève.

Observations

sur le

Système du droit privé

par

Gottlieb Auguste Meumann
Professeur à la Faculté de Droit.

ROYAL COLLEGE OF SURGEONS OF ENGLAND
LIBRARY

GENÈVE
LIBRAIRIE GEORG & Cie
Libraires de l'Université.

1909

GENÈVE
IMPRIMERIE ALBERT KÜNDIG

I

CRITIQUE

§ 1. — Origine du système dominant.

Il n'y a qu'un seul système de droit privé à prétention scientifique, c'est celui du droit commun. D'où vient ce système ?

Celui qui veut écrire ou enseigner doit commencer par mettre de l'ordre dans ses idées ; il ne peut pas dire tout à la fois ; il faut qu'il trouve une place convenable pour chaque détail.

Ce classement est un travail toujours pénible. On est donc content de l'emprunter d'ailleurs. On a commencé par là dans les traités modernes de droit. On a suivi d'abord tout simplement l'ordre légal des Pandectes de Justinien. C'est un système certainement très intéressant comme sujet d'une étude historique, d'autant plus intéressant qu'il contient des fragments de tous les systèmes que l'histoire du droit romain a produits, mais c'est un système détestable au point de vue logique. Et s'il est vrai que le meilleur système à ce point de vue doit être aussi le plus pratique, il est bien probable qu'inversément le système le plus

défectueux au point de vue logique est aussi pratiquement le pire. Avec le système des Pandectes, on n'arrive jamais à exprimer tout ce qu'on a à dire. On travaille déjà depuis plus d'un siècle au commentaire de Glück, et pourtant il n'est pas encore achevé.

Il fallait trouver mieux. On a donc proposé de nouveaux systèmes. Il faut citer surtout l'effort de Doneau. Mais Doneau était venu trop tôt, comme il y en a d'autres qui viennent trop tard. En revanche, juste à point nommé, Hugo publia ses « Institutes du droit romain moderne »[1] dans lesquelles il proposa le système qui fut accepté en peu de temps par toute la science du droit commun. C'était en 1789, date historique, en tout cas pour le droit privé.

Ce qui ne doit pas peu avoir contribué au succès du système de Hugo, c'est le fait que Heise, un ami de Savigny, prouva par son « *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen* » qu'on pouvait très bien s'en servir pour l'enseignement supérieur et pour la composition de manuels complets de droit commun.

La victoire définitive fut assurée au système de Hugo dès le moment où Savigny, qui avait déjà donné quelques conseils de détail pour l'élaboration du *Grundriss* de Heise, eut adopté la classification de Hugo pour son *System des heutigen römischen Rechts*[2].

Savigny ne s'est pas borné à adopter le système de Hugo, mais en outre il l'a défendu[3]. D'après lui, ce sys-

[1] *Institutionen des heutigen römischen Rechts.*

[2] V. t. I, p. III, la « *Vorläufige Uebersicht des ganzen Werkes* » ; t. I, § 58, p. 406, n. *s.* Savigny dit qu'il a adopté le système de Hugo.

[3] V. § 52-58.

tème est basé sur l'essence même des institutions juridiques, c'est-à-dire sur leur connexion organique avec l'essence de l'homme[4].

Le raisonnement que nous donne Savigny est très intéressant à coup sûr, mais il est purement rationnel et déductif. Son point de départ n'est pas l'étude de la nature des différents rapports de droit ou l'observation des faits juridiques, mais l'idée philosophique du rôle que le droit joue dans la vie des hommes.

De ce point de départ, il arrive finalement au groupement connu : Partie générale, Droits réels, Droit des obligations, Droit de famille, Successions.

Depuis Savigny ce système a été défendu plus d'une fois, mais, à ma connaissance, toujours d'une manière purement rationnelle. Pour suivre cette méthode, il est peut-être indispensable d'avoir un cerveau philosophique ou du moins de savoir prendre des allures philosophiques; mais en revanche on arrive vite au but : un ou plusieurs paragraphes suffisent et tout l'échafaudage est là. Au contraire, si l'on part de l'observation et de l'étude des phénomènes du droit positif, si l'on ne procède pas philosophiquement, mais scientifiquement, ce n'est pas avec quelques paragraphes, ce n'est pas avec tout un livre qu'on arrive à justifier son système : il faut toute une science[5].

[4] T. I, p. 386 : « Die hier versuchte Zusammenstellung der Rechtsinstitute ist gegründet auf das innerste Wesen derselben, nämlich auf ihren organischen Zusammenhang mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie inhärieren. »

[5] *Contra* évidemment Stampe, *Unsere Rechts- und Begriffsbildung*, p. 53.

§ 2. — Cause du succès du Système Hugo-Heise.

Si vraiment le système en vigueur est une construction purement philosophique, on se demande comment il a pu avoir une telle fortune, comment on a pu se décider à s'en servir comme charpente d'une œuvre pratique aussi sérieuse que le code civil allemand.

Ce n'est certes pas grâce aux raisonnements philosophiques de Savigny et d'autres qu'on est arrivé au groupement adopté pour le droit privé par le code civil allemand. Pour que l'immense succès du système de Hugo soit explicable, il faut qu'il y ait à la base de ce groupement quelque chose d'apparence plus solide aux yeux de tous ceux qui l'ont accepté.

D'abord il y a dans ce système une sorte de dichotomie qui s'impose tout naturellement sans la moindre philosophie, c'est la distinction entre le droit de patrimoine et le droit de famille ; il était donc absolument indiqué de former, comme on l'a fait, une partie spéciale pour le droit de famille. D'après Savigny, les Romains déjà connaissaient la notion du droit de famille sans s'être servis d'un terme technique pour la dénommer[6].

Ensuite, l'idée de grouper toutes les règles relatives à

[6] Savigny, *System*, t. I, § 59, p. 397 ss. et § 53, n. *e*.

la transmission du patrimoine pour cause de mort semble tellement naturelle, qu'il serait bien étrange qu'elle n'eût déjà exercé une influence sur la systématique des Romains. Aussi trouvons-nous régulièrement dans les systèmes romains une partie qu'on pourrait appeler les successions.

De cette façon, on n'avait plus qu'à grouper le reste du droit de patrimoine ; ou du moins cela paraissait ainsi.

Et le chemin à suivre était de nouveau tout indiqué. Dans ce reste, il y a un groupe tellement bien dessiné, qu'il était impossible de ne pas former pour lui une classe à part. Ce sont les droits réels. C'est, à notre avis, en dehors du droit de famille pur, la seule partie qui résistera toujours à toute critique, du moins quant à l'ensemble.

Que faire du reste ?

Déjà Gaius avait donné l'exemple suivi par Justinien, de faire du droit des obligations une partie distincte. Il avait parlé sous ce titre des contrats et quasi-contrats, des délits et quasi-délits. Tous ces faits juridiques font naître, ou du moins peuvent faire naître des obligations. Naturellement, dans cette partie, on parle aussi des obligations mêmes ; bref, on a l'occasion de parler *de omnibus rebus et de quibusdam aliis,* de sorte qu'on avait un grand intérêt à conserver cette classe inventée par Gaius ou par ses maîtres.

C'est évidemment sur le modèle des Institutes de Justinien, qui copiaient elles-mêmes Gaius, que Doneau a écrit ses livres XII à XVI sur le droit des obligations, et Pothier s'est certainement inspiré des Institutes et de Doneau en publiant, en 1768, son célèbre *Traité des obligations*. C'est grâce à cet ouvrage que le code civil fran-

çais possède un droit des obligations, tandis que cette catégorie est encore complètement inconnue au Code prussien de 1794. D'après Malleville, un des auteurs du code civil français, le Droit des obligations de ce code n'est guère qu'un extrait du traité des obligations de Pothier[7].

Ce groupement du droit de patrimoine en droits réels et obligations cadre en outre, plus ou moins, avec la division des actions en *actiones in rem* et *actiones in personam,* qui, d'après l'opinion de Gaius, est la division des actions la plus importante. Il me semble presque que c'est surtout cette division des actions qui a décidé la science allemande à former une partie des obligations par opposition à la partie des droits réels[8]. D'après Sohm[9], cette classification en *actiones in rem* et *actiones in personam* exerce encore de nos jours une grande influence sur toute notre pensée juridique.

Le premier traité des obligations en Allemagne, celui de Bucher : *Das Recht der Forderungen,* parut en 1815.

D'après cela on pourra peut-être dire que ce ne sont pas les justifications philosophiques qui ont fait accepter le système de Hugo, mais surtout le fait qu'on le croyait basé sur le droit romain, et que l'on voyait même ses grandes lignes marquées dans l'ordre des Digestes. « Notre système », dit Leist[10], « cadre dans les grandes lignes avec la classification des Pandectes et celle de l'édit du Préteur, ce que montrera la comparaison suivante :

[7] *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*, 3e éd., t. III, p. 1.

[8] V. par exemple Savigny, *System*, t. I, § 56, n. *e* ; Puchta, *Pand.*, § 140 ; Mühlenbruch, *Pand.*, § 28 ; Vangerow, *Pand.*, § 113 ; Dernburg, *Pand.*, t. I, § 22, n. 7.

[9] *Institutionen*, § 18.

[10] *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme*, p. 78.

	Digestes.
1. Partie générale.	Livre 1-4. Sources du droit. Personnes. Choses. (Procédure). In integr. rest.
2. Droits réels.	Livre 4-11. In rem actiones etc.
3. Obligations.	Livre 12-19. In personam actiones. » 20-22. Accessoires des obligations.
4. Droit de Famille.	Livre 23-25. Mariage et dot. » 26-27. Tutelle.
5. Successions.	Livre 28-29. Testaments. » 30-36. Legs. » 37-38. Bonorum possessio et legitima hereditas.

« A la vérité », dit encore Leist à cet endroit, « il existe entre notre système et celui des Digestes un rapport historique : Hugo croyait suivre dans son système l'ordre des Digestes. »

---

§ 3. — Signification du mot « système ».

A notre avis, le système de Hugo ne vaut guère mieux que ceux des Romains. Il n'a que deux parties acceptables, le droit de famille pur et les droits réels ; le reste ne peut pas résister à une critique sérieuse.

Mais, nous dira-t-on, de quel droit peut-on mettre en doute la valeur d'un système qui a servi à la science juridique pendant plus d'un siècle, dans lequel elle a su placer tout le droit privé romain et germanique, et que le législateur allemand a pris comme cadre de son code civil ?

Tout dépend de ce qu'on entend par système. Si l'on veut désigner uniquement par là un ordre selon lequel on classe l'ensemble d'une science (ou d'une législation) dans le but de la communiquer ou de l'enseigner à d'autres (systematische Darstellung), alors le système de Hugo ne mérite pas une critique bien sévère. Au contraire, à part quelques détails, il ne manque pas d'élégance. Pour s'en convaincre, on n'a qu'à le comparer au système du Code prussien : compris de cette façon, il est supérieur aussi à tous les systèmes des Romains, et il est certainement supérieur à celui du code civil français, qui fut pourtant inventé après lui[11]. Bref, on peut dire que le système Hugo-Heise est le meilleur dans le sens d'un ordre extérieur des matières.

Mais le mot système a pourtant encore une autre signification bien supérieure à celle que nous lui donnons plus haut.

Windscheid parle d'un vrai système de droits[12] auquel on ne parvient que par la pleine compréhension des notions juridiques. D'après Savigny, l'essence de la méthode systématique est de nous procurer la connaissance du rapport intérieur ou de la parenté, grâce à laquelle les notions juridiques et les règles de droit forment une

[11] Ce dernier est, selon Girard, dans ses grandes lignes une copie du système de Gaius ; Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, p. 7.
[12] *Pand.*, § 24.

grande unité[13]. Au même endroit, Savigny dit encore : « Naturellement l'ordre extérieur d'un ouvrage systématique sera déterminé par le rapport intérieur, qui doit se refléter dans cet ordre, et ce n'est souvent qu'à cet ordre extérieur que l'on pense, quand on parle de méthode systématique. »

Savigny voulait décrire ce rapport intérieur dans son grand ouvrage « *System des heutigen römischen Rechts* ». Pour lui, le système Hugo-Heise, dont il se sert, était donc un système dans le sens théorique du mot.

Le système dans cette dernière acception est d'abord, tout comme la représentation, le concept, le jugement et la conclusion, une forme de pensée (Denkform) ; mais en tout cas, dans notre science, si ce n'est en général dans les sciences de l'esprit, le système est quelque chose de plus : il est en même temps une forme d'existence (Existenzform).

C'est avec raison qu'on distingue dans les sciences naturelles la notion et l'essence des choses. Jamais l'homme ne possédera l'essence elle-même des choses de la nature ; la notion qu'il s'en fera ne sera jamais rien qu'une image plus ou moins exacte. Mais il en est autrement quant aux objets des sciences de l'esprit. Il est impossible de distinguer entre la notion et l'essence d'un triangle, d'un cercle. Quand je suis arrivé à la notion nette et indiscutable du cercle, je possède aussi l'essence du cercle. De même, je ne peux et je ne dois pas distinguer entre la notion et l'essence de la propriété, par exemple, comme on le fait

[13] Savigny, *System*, préface, p. XXXVI : « Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntnis und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verbunden werden. »

pourtant très souvent, du moins dans les titres des chapitres sur les notions juridiques. Il s'agit là de choses d'esprit qui n'ont de réalité que dans notre pensée, bien qu'elles ne soient pas des produits absolument arbitraires de notre pensée. C'est là la raison pour laquelle notre esprit est en mesure d'arriver à une connaissance complète de ces objets. Il ne subsiste aucun résidu métaphysique que nous ne puissions saisir[14].

Mais ce qui est vrai des notions doit être vrai aussi du système, auquel nous ne parvenons, d'après Windscheid, que par la pleine compréhension des notions.

Nous n'aurons donc le système de l'ordre juridique (Rechtsordnung) ou d'une partie de cet ordre, ainsi que du droit privé, que lorsque nous serons arrivés à la pleine connaissance de cet ordre. Le système comme forme d'existence est donc identique avec l'ordre juridique lui-même. Nous aurons le système quand nous posséderons l'essence de l'ordre juridique lui-même.

D'après Jhering[15], *système* équivaut à *ordre intérieur ;* d'après lui ce n'est pas un ordre qu'on porte dans la chose, mais un ordre qu'on en retire.

Certainement, malgré ce que pensait Savigny, avec le système Hugo-Heise nous ne sommes pas encore arrivés à ce système idéal. Et il serait étonnant qu'on trouvât au début d'un grand mouvement scientifique, comme l'était l'école historique allemande, ce qui ne peut être que le fruit d'un long travail scientifique.

[14] Cf. Wundt, *Logik*, II, I, p. 43.
[15] *Geist des römischen Rechts*, 5me éd., t. I. p. 37.

§ 4. — Union du droit de famille et du droit de patrimoine en un système unique.

Il nous semble qu'on ne doit systématiser que des choses réductibles à une notion supérieure commune. Cette règle, qu'on admettra d'emblée, est encore bien trop large; d'après elle, on pourrait systématiser finalement tout ce qu'on voudrait, car toutes les choses de ce monde sont réductibles à cette notion suprême : « Quelque chose » ! Et pourtant, il n'est pas admissible de créer un système exclusif formé à la fois et uniquement des différentes espèces de chiens et des différentes espèces de roses, bien qu'on ne soit pas même forcé de remonter jusqu'à la notion de « Quelque chose » pour trouver une notion commune et qu'il suffise de la notion d' « Etre organique ». Il en serait autrement si l'on créait un système de tous les êtres organiques. Dans ce système, les chiens trouveraient très bien leur place à côté des roses; car, envisagés du point de vue de la notion d' « être organique, » les chiens et les roses sont des choses homogènes, mais autrement ils sont hétérogènes.

A notre avis, il en est de même en ce qui concerne les droits patrimoniaux et les droits de famille.

Tous ces droits sont homogènes, quand on se place à un point de vue assez éloigné. D'après l'opinion dominante, leur notion commune est la notion du droit subjectif. Mais cette notion ne comprend pas seulement les

droits patrimoniaux et les droits de famille, elle comprend, d'après l'opinion dominante elle-même, tous les droits possibles.

Il en serait autrement si cette notion avait deux branches, s'il y avait deux espèces bien distinctes de droits subjectifs : le droit subjectif privé et le droit subjectif public. Il est vrai qu'on parle de droits subjectifs publics par opposition aux droits subjectifs privés, mais, à notre avis, on n'a pas prouvé jusqu'à présent d'une manière convaincante qu'il s'agît là d'une différence d'espèces[16]. En réalité, il ne s'agit que d'une différence de provenance. On veut dire par là qu'il y a des droits subjectifs non seulement en droit privé, mais aussi en droit public. Aussi, dans la théorie du droit privé, on étudie en général la notion du droit subjectif sans former une notion plus spéciale du droit subjectif privé. Personne, en droit privé, ne dit que la propriété est un droit subjectif privé ; la propriété est tout simplement un droit subjectif.

[16] Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (2me édit., p. 57), dit : « Ausschliessliches Wollenkönnen ist das formale Kriterium des öffentlich-rechtlichen Wollendürfens, das auf einem Wollenkönnen ruht, das des privatrechtlichen Anspruchs. Das materielle Moment beider Ansprüche ist dasselbe : das Interesse. .. ..Das subjektive öffentliche Recht ist daher nur durch ein Wollenkönnen geschütztes Interesse, das subjektive Privatrecht ein Interesse, zu dessen Realisierung auch ein Wollendürfen verliehen ist. » L'argumentation qui conduit Jellinek à ce résultat est basée sur la définition suivante du droit subjectif (p. 44) : « Das subjektive Recht ist die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht. » Cette définition est une combinaison de la définition courante et de celle de Ihering. Le fondement de l'argumentation de Jellinek est peut-être juste. Mais aussi longtemps qu'on n'a pas réussi à la mettre d'accord avec les droits des incapables (Willensunfähige) — et Jellinek ne fait pas le moindre effort dans cette direction — cette définition même et toutes les conséquences qu'on en tire n'inspirent pas la moindre confiance.

Et l'on peut se demander s'il y a sérieusement une différence de provenance. Est-ce que vraiment cette *summa divisio* de tout le droit en droit privé et en droit public est théoriquement indiscutable ? Notre argumentation ne nous force pas à donner une réponse à cette question, mais nous profitons de l'occasion pour dire notre opinion sur ce sujet. A notre avis, il s'agit là d'une classification de la pensée préscientifique purement pratique, comme celle de tous les êtres organiques en plantes et en bêtes. La science doit tenir compte de ces classifications millénaires, elle ne peut pas les traiter comme non existantes ; mais elle ne doit pas non plus les admettre, tant qu'on n'a pas prouvé leur valeur scientifique d'une manière absolument convaincante. Il est possible qu'on réussisse une fois à faire cette preuve, mais le fait que, jusqu'à présent, tant d'efforts ont été vainement tentés dans ce but milite pourtant sérieusement en faveur de notre thèse[17]. En tout cas, cette classification est une œuvre de la pensée préscientifique, car les Romains s'en sont servis dans un temps où n'existait encore aucune science juridique proprement dite. La preuve en est le passage connu de Pomponius (l. 2 § 6 D. 1, 2) : *Omnium tamen harum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant, ex quibus constituebatur, quis quoque anno praeesset privatis.*

C'est donc déjà une erreur grave que d'avoir créé un système de droit privé. Le droit privé, tel qu'on le comprend en général, n'est pas un ensemble qui se distingue par une différence spécifique du reste du droit. En tout cas, on n'a pas réussi jusqu'à présent à trouver cette différence. Le droit privé, c'est une combinaison faite

[17] V. Combothecra, *Monographies de Droit public*, p. 26 ss.

dans un but pratique, qu'on peut expliquer historiquement et défendre au point de vue pratique et didactique, mais qu'il faut éviter si l'on veut arriver à une systématisation théoriquement indiscutable.

Et même si le droit privé formait un ensemble qu'on puisse distinguer du reste du droit objectif par une différence spécifique, on ne devrait pas procéder comme on le fait toujours, on ne devrait pas former artificiellement une masse homogène de tout le droit privé. Il faudrait du moins respecter la grande différence qui existe entre le droit de famille et le droit de patrimoine. Mais dans notre science, le point de vue pratique et didactique l'emporte partout sur le point de vue théorique. C'est ainsi que l'on crée une unité du droit de famille pur et du droit de famille patrimonial, à laquelle on donne la dénomination de droit de famille[18]. De cette façon, le droit de famille et le droit de patrimoine sont tellement enchevêtrés qu'il devient impossible d'en faire des systèmes séparés. Et malheureusement, c'est la partie la plus importante, — du moins théoriquement, — le droit de patrimoine, qui souffre le plus de cette méthode. On est forcé de lui refuser son nom honnête. On parle encore de droit de famille, car ce droit, quoiqu'on lui associe le droit de famille patrimonial, formera toujours une partie qui se distingue très nettement du reste; mais on ne peut nommer droit de patrimoine ni tout le reste du droit privé, car dans ce reste il y a la partie générale qui vise aussi le droit de famille, ni même l'ensemble des droits réels, des obligations et des successions, car dans la partie nommée droit de famille se trouve aussi un fragment important du droit de patrimoine.

[18] V. le 4me livre du code civil allemand.

On devrait au moins, dans le corps du droit privé, former deux systèmes nettement distincts, l'un du droit de patrimoine, l'autre du droit de famille. On le fait jusqu'à un certain point pour le droit de famille, on ne le fait nullement pour la partie la plus importante : le droit de patrimoine. Au lieu de cela, on crée un seul système du droit privé dont théoriquement l'existence n'a pas de raison d'être.

Ce n'est que par un divorce net entre le droit de famille et le droit de patrimoine qu'on peut arriver à une connaissance complète des particularités de ces deux parties. Dans un système du droit de patrimoine, on chercherait naturellement la base de ce système dans le domaine même de ce droit, comme dans une systématisation des plantes on prend comme point de départ la notion de la plante et non pas celle de la cellule. Ainsi la base du droit de patrimoine sera peut-être la notion du patrimoine [19].

En accouplant le droit de famille et le droit de patrimoine, on est forcé de trouver un point de départ en dehors de ces deux domaines : c'est le droit subjectif. Mais on ne peut traiter la doctrine du droit subjectif dans une des parties spéciales du droit privé. On en parle alors dans la partie générale. Mais est-ce que la place de cette doctrine se trouve dans une partie générale du droit privé ?

Cette question nous amène à nous occuper de la partie du système Hugo-Heise qui forme, pour ainsi dire, la clef de voûte de toute cette construction.

[19] Cf. Sohm, *Jherings Jahrb.*, t. 53, p. 393 ; il semble vouloir prendre comme base de « tout le droit de patrimoine » la notion du droit patrimonial.

§ 5. — La partie générale.

Le nom de partie générale signifie que c'est l'endroit du système destiné à recevoir les vérités générales; cela veut dire que tout ce qui traitera d'une pluralité de droits ou de rapports juridiques sera déposé à cette place pour éviter des répétitions inutiles. En groupant ensemble ces généralités on arrivera, pense-t-on, à mieux connaître les rapports qui existent entre elles. C'est à peu près comme cela que Savigny justifie la formation d'une partie générale[20]. Mais Savigny ainsi que Bruns constatent qu'on a beaucoup abusé de la partie générale pour y placer des choses que l'on ne trouvait pas à placer ailleurs dans le système. Ces critiques nous intéressent peu, car l'abus que l'on fait d'une institution ne prouve rien contre elle; il faut voir si l'institution elle-même se justifie. Pour faire cet examen, nous passerons en revue les différentes disciplines dont se compose généralement cette partie.

Nous venons de nous demander s'il est correct de placer la doctrine du droit subjectif dans la partie générale du droit privé. Cette doctrine en forme un des chapitres les plus importants, sinon le plus important.

[20] Cf. *System*, t. I, § 58; v. aussi Bruns dans l'Encyclopédie de Holtzendorff, *Das heutige römische Recht*, § 3.

La réponse ne peut être douteuse.

Dans cette doctrine on ne s'occupe pas uniquement des droits subjectifs du droit privé : il serait impossible de les isoler ; on s'occupe des droits subjectifs en général, aussi bien des droits subjectifs du droit public que de ceux du droit privé. C'est dire que la vraie place de cette discipline ne peut être que la doctrine générale du droit (Allgemeine Rechtslehre), malgré les vives critiques formulées dernièrement par Kohler contre l'idée de Merkel de constituer une telle doctrine[21].

On doit donc déjà rayer la discipline du droit subjectif de la partie générale du droit privé. Il faut en dire autant d'une autre partie très importante : c'est la doctrine du droit objectif. Je me demande où Kohler voudrait la placer, si ce n'est dans la théorie générale du droit. Il est certain que la question de l'origine du droit objectif rentre tout à fait dans la philosophie du droit, car elle ne peut trouver une réponse que par une argumentation extra-juridique. Mais on ne peut en dire autant de l'essence du droit objectif ; c'est une question de science juridique, car les faits d'où nous devons tirer sa solution se trouvent dans le domaine du droit même ; il s'agit là d'une construction juridique, rien de plus, mais c'est une des constructions les plus fondamentales, car, en dernière analyse, toute la compréhension du droit subjectif et, par là, toutes les autres constructions juridiques, dépendent de sa solution.

D'autres déjà ont constaté que la place des théories du droit objectif et du droit subjectif n'est pas dans la partie générale du droit privé, mais plutôt dans la doctrine gé-

[21] Cf. Kohler, *Moderne Rechtsprobleme*, p. 16.

nérale du droit. Je ne cite que Regelsberger. Il explique aussi pourquoi on les traite quand même dans le droit privé. Au commencement du § 9 de ses *Pandectes* il dit : « Les doctrines sur l'essence du droit objectif, sur l'origine, l'extinction, les espèces et l'application des règles de droit, ainsi que la doctrine de l'essence des droits, ne sont pas une possession exclusive des Pandectes, elles appartiennent à la doctrine générale du droit. Mais comme cette discipline est toujours bien moins développée qu'on ne le désirerait[22], on traite ordinairement ces doctrines d'une manière détaillée dans les Pandectes. A vrai dire, en les traitant de cette façon, et en tenant ainsi compte spécialement des phénomènes du droit privé, on les étudie d'une manière insuffisante[23]. » Il faut souligner cette dernière remarque de Regelsberger. Elle contient une vérité générale très importante. Toute doctrine, tout phénomène juridique qui n'est pas étudié à la place systématique qui correspond à son essence, est envisagé sous un faux angle et, de ce fait, insuffisamment compris.

Les doctrines du droit subjectif et du droit objectif étant biffées de la partie générale, il faut voir ce qu'il y reste encore.

En ouvrant la table des matières du code civil allemand, on trouve en premier lieu les personnes.

Il est vrai qu'on peut difficilement les classer dans une des quatre parties spéciales. Il ne reste donc que la partie générale. Et en effet cette place semble tout particulière-

[22] « Da aber diese Disziplin bei der juristischen Ausbildung noch immer nicht so sicheren Fuss gefasst hat, als wünschenswert ist. »

[23] « Freilich bekommen sie dadurch eine gewisse einseitige Beleuchtung, dass sie im besonderen Hinblick auf Erscheinungen im Gebiete des Privatrechts behandelt werden. »

ment convenable aux personnes, car, du moins d'après l'opinion dominante, elles jouent un rôle dans tous les domaines du droit. D'après cette opinion, il n'y a aucun droit sans une personne correspondante à laquelle il appartienne, et certainement aucun acte juridique ne peut avoir lieu sans une personne qui le fasse.

Et pourtant il y a pour les personnes, dans le système, une bien meilleure place que la partie générale.

D'abord la notion de la personne n'est pas une notion qui soit particulière au droit privé. Le code civil allemand parle lui-même des personnes juridiques de droit public (§ 89). Il faut donc dire que toute la théorie générale de la personne doit aussi être placée dans la doctrine générale du droit. Cependant il restera toujours une partie de la doctrine des personnes qui ne regarde que le droit privé. Mais ne conviendrait-il pas plutôt de former pour les personnes du droit privé et spécialement du droit de patrimoine une partie *ad hoc,* au lieu de les fourrer en quelque sorte dans une espèce de tout y va. Déjà Gaius avait formé une partie spéciale pour les personnes, mais ce sont surtout les germanistes qui, vu la richesse énorme du droit des personnes en droit germanique, se sont rendu compte que c'est une systématisation absolument erronée que de vouloir mettre cette doctrine dans la partie générale. C'est pour cela que Gierke insiste avec raison pour que l'on crée une partie spéciale destinée aux personnes[24].

Selon la systématique traditionnelle, qui veut faire entrer tout le droit dans un système de droits, les personnes sont envisagées uniquement comme sujets de droit. Or un être humain peut être une personne sans être sujet de

[24] Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 13.

droit. La plupart des gens n'ont, en naissant, aucun droit subjectif. Une personne est un être capable d'avoir des droits, mais les notions « sujet de droit » et « personne » ne sont pas identiques.

On met régulièrement aussi la doctrine des choses dans la partie générale ; c'est à coup sûr bien préférable à la manière de faire du premier projet du code civil allemand, et de Windscheid, qui la placent en tête de la partie des droits réels; mais il me semble qu'il serait encore préférable de former aussi pour cette doctrine toute une partie spéciale. Naturellement, dans cette partie, les choses dans le sens du § 90 du code civil allemand — les choses corporelles — ne joueraient qu'un rôle secondaire. Peut-être y aura-t-il une place dans cette doctrine pour la notion d'objet (Gegenstand [25]). Mais la notion principale sera encore une notion de la doctrine générale du droit, celle du Bien (Gut). Le terme est pris ici dans un autre sens que le comprend le code civil français dans les articles 516 ss., où le mot « biens » correspond plutôt à la *res* du droit romain, comprenant les *res corporales* et *incorporales*. Sans prétendre donner une définition rigoureusement exacte, je dirai que les biens, c'est tout ce qui a une valeur pour nous et dont la substance, la jouissance ou la valeur économique peuvent être l'objet d'une règle de droit. Au lieu de bien tout court, on ferait peut-être mieux de dire « bien juridique » (Rechtsgut), pourvu qu'on ne comprenne pas par là, comme Thon [26], uniquement les biens protégés par le droit.

[25] V. Sohm, *Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs.*

[26] *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 52.

Pour le droit de patrimoine, le bien le plus important et le plus intéressant est le patrimoine dans le sens objectif[27]. Mais le patrimoine et ses diverses parties (Vermögensbestandteile) ne sont pas les seuls biens du droit de patrimoine. Ce droit protège aussi dans une certaine mesure l'intégrité du corps, la vie, la santé et la liberté.

Dans le système en vigueur, les biens juridiques sont envisagés uniquement comme objets de droits subjectifs[28]. Mais il y a des biens qui nous intéressent sans être des objets de droit, et même il y en a qui ne sont jamais des objets de droit.

L'hérédité jacente (et sûrement aussi la fondation, pour ne pas aller encore plus loin) est un patrimoine, un bien très intéressant au point de vue juridique, qui n'est l'objet d'aucun droit subjectif. Il y a des droits subjectifs sur le patrimoine[29] ; par exemple, le rapport juridique qui existe entre le patrimoine et son propriétaire (die Vermögensinhaberschaft) est un droit de ce genre, mais tant que l'hérédité est encore jacente, tout droit de ce genre fait défaut.

Il n'existe pas de droit subjectif de vie et, de nos jours, il n'existe pas non plus de droit subjectif de liberté[30]. La vie et la liberté sont simplement des biens protégés par le droit public et le droit privé dans notre intérêt et dans celui de la société.

C'est donc une faute de logique de n'envisager les biens

[27] V. sur cette notion Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 31, III: V. aussi Regelsberger, *Pand.*, § 94, V.

[28] V. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbemerkungen zum Allgemeinen Teil.*

[29] V. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, II, p. 23.

[30] Cf. Jhering, *Geist*, III, 1, n. 447 *a*, qui défend ces droits avec énergie pour sauver sa définition du droit subjectif.

juridiques que comme objets de droits subjectifs. Nous avons vu qu'il faut former une partie spéciale pour les personnes; il faut en faire autant quant aux biens. Ce n'est que de cette façon qu'ils seraient mis dans le meilleur jour.

Au fond, dans le système des droits de la doctrine traditionnelle, il n'y a pas de place pour les personnes et les biens (choses). Ils ne sont ajoutés que comme des appendices à la doctrine du droit subjectif. Mais toute systématique qui nous force à créer des appendices pèche par la base.

L'idée de comprendre tout le droit dans un système de droits est encore la cause pour laquelle on parle des faits juridiques, et notamment des actes juridiques (Rechtsgeschäfte) dans la partie générale.

Pour les faits et actes juridiques, il faudrait ouvrir d'abord, comme pour les personnes et les biens, un chapitre important dans la doctrine générale du droit; car ces éléments jouent un rôle non seulement dans le droit privé, mais encore dans le droit tout entier. Cela serait aussi, pour les autres doctrines spéciales du droit, la meilleure manière de s'affranchir de l'influence théorique du droit privé.

A côté de ce chapitre de la doctrine générale du droit, il faudrait créer une partie spéciale des faits et actes juridiques dans chaque partie du droit, entre autres une partie spéciale pour le droit de patrimoine et une pour le droit de famille pur.

Il faut séparer ce qui doit être séparé, mais il faut réunir ce qui forme naturellement un tout. La théorie traditionnelle fait tout le contraire. Il est pénible de voir comment on déchire, en général, la doctrine des faits juridi-

ques. Le code civil allemand, par exemple, parle du contrat en général dans la partie générale, du contrat synallagmatique dans la partie générale des obligations, et des principaux types de contrats, tels que la vente, la location, etc., dans la partie spéciale des obligations à propos des obligations qu'ils produisent peut-être.

Il me semble que l'affaire d'une bonne systématisation n'est pas de séparer les notions qui découlent d'une notion supérieure commune, mais de les grouper convenablement. On s'est tellement habitué au système Hugo-Heise, qu'on n'est plus du tout choqué de ce déchirement. C'est une faculté heureuse de l'homme que de pouvoir s'habituer à tout, même au mal; mais trop souvent cette qualité a l'inconvénient d'enrayer pendant longtemps tout progrès.

Avant de quitter la partie générale, disons deux mots sur le détail de la partie générale du code civil allemand. Certainement, on n'a pas le droit d'exiger d'une œuvre législative une systématisation idéale. Créer des systèmes n'est pas l'affaire du législateur, cette œuvre est du ressort de la science juridique. Mais malheureusement la systématique du législateur exerce forcément une grande influence sur la doctrine, surtout lorsque le système légal n'est pas aussi défectueux que l'est, par exemple, celui du Code prussien, mais qu'il correspond dans les grandes lignes au système scientifique en vigueur. Il n'est donc pas inutile de formuler quelques critiques spéciales contre le système de la loi.

Naturellement toutes les critiques que nous avons déjà adressées et que nous adressons encore au système Hugo-Heise touchent aussi le système du code civil allemand, car nous ne nous occupons que des grandes lignes du

système traditionnel, qui sont intégralement conservées dans la loi. Il n'y a qu'une différence purement locale et nullement d'ordre logique entre le système de la loi et celui du droit commun : la loi met les obligations avant les droits réels, tandis que c'est le contraire dans le système Hugo-Heise.

La doctrine a imité même cette petite interversion. Ce n'est pas un mal, mais cela montre jusqu'à quel point va l'influence du système légal.

La science juridique devrait être au-dessus de toutes les théories de la loi. Et le système n'est autre chose qu'une vaste théorie.

Le législateur est seul compétent pour poser des règles de droit ; la théorie, quoi qu'on en dise, n'a aucun titre pour créer une règle de droit. S'il en manque une, s'il y a une lacune complète dans la loi, le théoricien peut proposer une règle, le juge peut l'appliquer, lorsque le droit positif l'y autorise[31], mais alors le théoricien qui l'a proposée n'a plus fait de la théorie, mais de la politique juridique[32].

[31] V. § 1 alinéa 2 code civil suisse : « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce . ...selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. »

[32] Si l'on comprend la « *freie Rechtsfindung* » (libre recherche du droit) comme Danz (*Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz*, *Jherings Jahrb.*, t. 54, p. 1 ss.), elle est alors vraiment une méthode scientifique ; car le juge qui applique, le théoricien qui décrit les règles de droit trouvées d'après cette méthode ne les créent pas, ils ne font que constater leur existence. — Les critiques adressées par Danz à la « Willenstheorie » dans la doctrine des actes juridiques nous sont très sympathiques, car si le point de vue de Danz triomphe, on peut espérer que dans un autre domaine, celui des droits subjectifs la « Willenstheorie » sera aussi renversée un jour. — Danz prétend qu'en renonçant à la « Willenstheorie » dans la doctrine des actes juridiques, on aboutit à une conception toute nouvelle du droit (eine völlig neue Rechtsanschauung) : la disparition de la « Willenstheorie » dans la doctrine des droits subjectifs n'aurait certainement pas un moindre résultat.

D'autre part, le théoricien est seul compétent pour faire de la théorie. Il n'est lié que par les règles de droit posées par le législateur, mais les théories du législateur n'existent pas pour lui, ou du moins ne devraient pas exister pour lui.

Si la doctrine avait pleine conscience de ce monopole, si elle le défendait jalousement, il serait tout à fait superflu de critiquer le système d'une loi quelconque, car il ne pourrait exercer alors aucune influence sur la théorie juridique. Mais malheureusement, c'est le contraire qui est vrai.

Planck nous dit, dans l'introduction de son grand commentaire du code civil allemand, que la partie générale du code contient les dispositions de la loi qui ont *plus ou moins* d'importance dans toutes les parties du droit privé. On ne sait vraiment pas si, dans cette phrase, il faut souligner le mot « plus » ou le mot « moins ».

On comprend que l'on parle dans la partie générale de la capacité juridique, de la majorité et du domicile. Mais pourquoi y parle-t-on du droit à l'usage d'un nom (§ 12) ? La réponse est très simple : parce que nulle part ailleurs dans le code il n'y aurait une place pour cette disposition. Il en est de même encore de la déclaration de décès (§ 13-20). Le signe d'une vraie généralité est de jouer un rôle partout ou presque partout. On peut être un excellent juriste tout en ignorant ces derniers paragraphes, ce qui montre que ce caractère de généralité leur manque complètement. De semblables dispositions sont en quelque sorte un poids mort dans une partie générale. En les plaçant à cet endroit, on leur donne une importance qu'elles n'ont réellement pas. C'est surtout fâcheux pour l'enseignement.

La partie qui traite des associations et des fondations est une des pièces de résistance de toute la partie générale

(§ 21-89). Mais où est l'intérêt général de ces dispositions détaillées ? Naturellement, dans le système du code, on ne pouvait les mettre nulle part ailleurs.

Viennent ensuite les dispositions sur les choses (§ 90-103). Leur intérêt général est également très douteux, à cause surtout du § 90, d'après lequel les choses ne sont, au sens de la loi, que des objets corporels.

C'est dans le chapitre sur les actes juridiques (§ 104-185) que se trouvent le plus grand nombre de dispositions ayant vraiment une importance générale. On peut être bon juriste, sans connaître tous les détails du droit des associations, mais on n'est plus du tout un juriste si l'on n'a pas une connaissance approfondie de la théorie des actes juridiques.

Les dispositions qui suivent, sur les délais et les termes (§ 186-193), ont bien un caractère général, mais trop général. Le législateur veut donner ici des règles d'interprétation pour tous les cas où un terme ou un délai est fixé, qu'il s'agisse d'une loi, d'une décision judiciaire ou d'un acte juridique. On comprend que la partie générale d'un code civil leur donne l'hospitalité, car on trouverait difficilement ailleurs une place où elles seraient assez en vue. Mais leur place scientifique est dans la doctrine générale du droit, et non spécialement dans le droit privé.

La partie de la prescription, qui vient ensuite (§ 194-225), est la pire de toutes. Le § 196, n° 5, nous enseigne par exemple que se prescrivent par deux ans les réclamations des personnes qui s'occupent du colportage des billets de loterie[33].

[33] Ici et dans tous les autres cas, je cite le code civil allemand d'après la traduction de Gruber.

On met une telle disposition dans la partie générale, tandis que le § 413, qui parle de la transmission des droits en général, se trouve à la queue d'une doctrine spéciale. Une telle classification est peut-être suffisante pour la pratique, mais elle n'est pourtant pas idéale. C'est ce qu'il nous suffira d'avoir prouvé, car nous voulons seulement démontrer que le système du code n'est pas au-dessus de toute critique, et que la science fait bien de s'en affranchir.

La sixième section contient encore quelques dispositions très intéressantes, dont le caractère général est indiscutable ; il s'agit de l'exercice des droits, de la légitime défense et de la justice propre. Mais après ce plat très alléchant vient, pour finir, un dessert détestable : la septième et dernière section traite de la prestation de sûretés.

On voit que le législateur allemand a, dans une large mesure, utilisé la partie générale comme une sorte de réduit à débarras dans lequel il jette tout ce qu'il ne peut pas mettre ailleurs. On ne doit pas en faire un grand reproche au législateur ; il était forcé de procéder comme ont dû le faire avant lui ceux qui ont essayé de comprendre tout le droit privé dans le système Hugo-Heise.

Mais si l'intention des auteurs du code était vraiment de mettre dans la partie générale les dispositions qui intéressent plus ou moins toutes les parties du droit privé, on doit se demander pourquoi ils n'ont pas donné cette place privilégiée à certaines dispositions qui ont indubitablement une grande portée dans tout le droit privé. Nous avons déjà cité celle du § 413, mais nous en connaissons d'autres plus importantes, savoir celles des § 812 ss. qui

parlent de l'enrichissement et des § 823 ss. qui traitent des actes illicites[34].

On les met dans la partie des obligations. Pourquoi ? Parce que, répondra-t-on, l'enrichissement et la faute font naître des obligations. Si cet argument était bon, il faudrait mettre toute la partie des droits réels dans les obligations. Cette énorme simplification a été commencée par le code suisse des obligations : son titre sixième parle des droits réels sur les biens meubles !

A notre avis, ce n'est que grâce à Gaius que la faute et l'enrichissement sont traités dans le droit des obligations, et nous verrons combien ce procédé est insuffisant.

Dans la partie de ses institutes qu'on peut appeler le chapitre des obligations (III, § 88 ss.), il traite des délits (cf. § 182 : *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto oriuntur...*); il y parle donc de la faute. Il s'y occupe aussi des contrats et des délits comme sources d'obligations (III, § 88), mais dans le deuxième livre de ses *Aureorum* il ajoute encore à ces deux catégories les obligations *quae nascuntur proprio quodam jure ex variis causarum figuris* (l. 1 pr. D. 44, 7). Dans le troisième livre (l. 5 *l. c.*) de ce même ouvrage, il défend la thèse d'après laquelle il y a, outre les *obligationes ex contractu* et celles *ex maleficio,* des obligations *ex variis causarum figuris.* Il ne distingue pas à cet endroit, comme on pourrait le penser, les *obligationes ex variis causarum figuris* en *obligationes quasi ex contractu* et *obligationes quasi ex delicto,* — s'il avait eu cette idée, il aurait déjà fait cette distinction dans

[34] Cf. Zitelmann, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil,* p. 151.

le deuxième livre à l'endroit cité, — mais en donnant des exemples pour défendre sa thèse, il se sert une fois de l'expression *quasi ex contractu* (l. 5 § 1 : *actio tutelae*) et quatre fois de l'expression *quasi ex maleficio*. Ce ne sont pas encore des termes techniques dans sa bouche, car dans le même fragment il parle aussi des obligations qui naissent *non proprie ex contractu*, *non proprie ex maleficio, quasi ex mutui datione*. On ne peut donc pas reprocher à Gaius d'avoir eu la fâcheuse idée d'inventer les quasi-contrats et les quasi-délits. Mais il est pourtant dans un certain sens l'auteur de ces détestables catégories, dont on s'est servi pendant deux mille ans sans rougir et dont on se sert encore à l'heure qu'il est ! Car, sans Gaius, les conseillers intimes de Justinien n'auraient certainement pas inventé les deux titres : « *de obligationibus quasi ex contractu* » (J. III, 27) et « *de obligationibus quae quasi ex delicto nascuntur* » (J. IV, 5). Sous le premier titre, Justinien parle de la *condictio indebiti,* donc d'un cas d'enrichissement, qui est traité plus en détails dans les Pandectes. Justinien en parle évidemment ici parce que déjà Gaius donne ce cas dans son troisième livre des *Aureorum* comme un exemple d'une obligation *ex variis causarum figuris*. Selon Gaius, celui qui reçoit par erreur une prestation indue *obligatur quasi ex mutui datione*.

D'après cela, nous pouvons bien dire qu'on suit l'autorité de Gaius en plaçant la faute et l'enrichissement dans la partie des obligations. C'est l'unique raison que l'on puisse donner de cette systématisation, mais ce n'est pas une raison digne de la science juridique moderne. Il nous semble que l'antiquaire et historien Gaius a été assez longtemps l'Aristote des juristes dans les questions de systématique.

A notre avis, il n'y a aucun avantage à suivre la systématique de Gaius, pas même dans l'enseignement primaire, comme le pense Girard[35], car déjà rien qu'en suivant les bases seules du système de Gaius et Justinien on ne fait que fausser les idées de la jeunesse.

La science du droit commun a pourtant eu le sentiment que ce serait aller trop loin que de parler de la faute uniquement dans la partie des obligations. Elle lui a ouvert un chapitre dans la partie générale[36].

Elle se sent obligée de saluer cette théorie en passant, mais elle ne lui parle pas encore. Pourquoi pas ? Evidemment on sent que dans le milieu où elle est placée ici, on ne peut guère s'entretenir agréablement avec elle. Car dans la partie générale, on ne pouvait la mettre ailleurs que dans la doctrine du fait juridique. C'est avec raison que Zitelmann renonce à donner à la faute une place dans la partie générale en s'appuyant sur une analogie systématique; pour la mettre à cet endroit, il fait valoir uniquement son importance générale[37]. Celui qui s'est convaincu de l'insuffisance du système traditionnel, comme Zitelmann[38], ne se sent pas obligé de le replâtrer.

Ce n'est que comme source de droits qu'on peut envisager la faute dans un système de droits. Pour aucune théorie le système traditionnel n'a été plus néfaste que pour celle de la faute. S'il était déjà très mauvais pour la compréhension de la nature juridique des contrats, tels

[35] *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 8.

[36] V. p. expl. Windsch, § 101 ; Dernburg, I, § 86 ; Baron, § 71 ; Regelsberger, § 178, 179.

[37] V. Zitelmann, *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil*, p. 151.

[38] *L. c.*, p. 3.

que la vente, de les envisager uniquement comme sources de droits (obligations), cette méthode était pire encore pour la compréhension de cette partie importante du droit objectif dont on a à parler dans la doctrine de la faute. Ce qui intéresse ici, ce ne sont pas les droits subjectifs d'obligation qui naissent peut-être en vertu d'une norme subsidiaire destinée à sanctionner des normes primaires et donnant dans le droit moderne invariablement la même action en dommages et intérêts ; ce qui importe surtout, ce sont ces normes primaires qui créent, non pas des obligations au sens juridique du mot, mais des devoirs juridiques. Le devoir de ne pas briser une vitre est autre chose que l'obligation de payer la vitre cassée.

La faute n'est qu'une notion purement négative. La faute n'est autre chose que la transgression d'un devoir. Donc, si l'on veut savoir, dans un cas donné, s'il y a faute, il faut savoir s'il y avait un devoir juridique, qui aurait dû être rempli. C'est, à notre avis, une grande erreur que de croire qu'on peut répondre à cette question en examinant s'il y a, dans un cas donné, ou dol ou un degré quelconque de *culpa*. Assurément, nous avons une certaine conscience des devoirs juridiques, comme nous en avons une des devoirs moraux ; c'est pour cela que nous pouvons en général, sans commettre une grande erreur, brûler une étape de notre étude ; nous pouvons, à la rigueur, nous passer d'examiner s'il y a faute et nous contenter de voir quel était le degré de la faute. Mais s'il est déjà important de parvenir à une conscience nette des devoirs moraux, il est absolument nécessaire d'étudier les devoirs juridiques. Les codes modernes ne disent presque rien sur cette question. L'art. 1382 du code civil français, l'art. 50 du code des obligations suisse, le § 823 du code civil allemand

disent seulement que la sanction des dommages et intérêts entre en jeu si, par un degré quelconque de faute, un dommage a été causé. — Je passe à côté d'un magasin que le propriétaire a quitté pour un moment; je vois un commencement d'incendie. Est-ce mon devoir de l'éteindre ou d'appeler au moins le propriétaire ? En morale, sans doute ; en droit, certes non ! Mais pourquoi la faute morale n'est-elle pas identique avec la faute juridique ? Ce n'est qu'une étude approfondie des devoirs juridiques qui peut nous renseigner sur ce point. — J'ai promis de livrer un esclave ; il tombe malade ; je ne le soigne pas et il meurt. Est-ce qu'on peut dire que, par ma négligence, par ma faute, l'esclave est mort ? Moralement oui, mais juridiquement ? Le droit romain répondait : non [39], et à notre avis avec raison [40]. Les Romains avaient certainement, dans de pareilles questions, une conscience morale aussi développée que nous. Sans doute ils étaient d'avis que le débiteur manque ici à un devoir moral, mais grâce à leur conscience, ou mieux encore leur subconscience, grâce à leur tact juridique, bien plus développé chez eux que chez aucun autre peuple, ils savaient distinguer entre les devoirs moraux et les devoirs juridiques. Dans notre cas, si Paul ne nie pas expressément le devoir juridique, quoique l'absence de ce devoir soit la raison même de sa décision, c'est que la plupart du temps les Romains n'expriment pas leurs arguments, ou du moins leurs vrais arguments, par le fait qu'ils les possèdent seulement à l'état subconscient. De même que les femmes, plus faibles que les hommes

[39] L. 91 pr. D. 45, 1.

[40] V. mes *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*, dans les *Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts* de R. Leonhard, Heft 12, p. 37-67, spécialement p. 47 et 60.

en raisonnement conscient, trouvent avec beaucoup plus de sûreté, par intuition, la bonne décision dans tout le domaine du tact, ainsi les Romains nous sont supérieurs dans le domaine juridique. Ils se laissent très rarement dérouter par des arguments basés sur des théories fausses, et jamais par des préjugés systématiques.

C'est à nous de découvrir pour notre usage ces arguments subconscients des Romains ; et nous pouvons en profiter, car heureusement, comme nous l'avons vu, les législateurs modernes n'ont pas dressé un code des devoirs juridiques, ou tout au plus ils n'ont donné que quelques règles incomplètes. Et ces arguments subconscients peuvent nous être utiles encore à l'heure qu'il est, parce que vu la finesse du tact juridique des Romains, il est à croire que dans ces questions, les plus délicates de tout le droit, ils ont trouvé le *jus aequum et bonum,* l'*aequitas,* la *bona fides,* la *justitia, quae suum cuique tribuit.* C'est surtout dans le domaine de la faute qu'il s'agit de trouver la vraie solution et non pas seulement une solution quelconque.

Etant donné le silence de la loi, il ne reste à la science juridique que cette voie d'accès pour parvenir à un code des devoirs juridiques, qui naturellement n'aurait qu'une importance subsidiaire dans les cas où la loi donne une règle positive. Envisagée de ce point de vue, l'étude dogmatique du droit romain est donc pour nous encore l'étude d'un droit vivant.

Les auteurs du code civil français n'ont pas pensé autrement. De nos jours, en suivant Savigny [41], on se plaît

[41] *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,* 3me éd., p. 27 ss.

à voir la valeur du droit romain, malgré la critique magistrale de Jhering[42], dans sa forme, et spécialement dans la méthode des juristes romains. C'est surtout pour cela qu'on le croit encore utile à l'enseignement. Avant Savigny, on trouvait la grandeur du droit romain dans sa substance même. C'était l'opinion des auteurs du code civil français. « C'est », dit Bigot-Préameneu[43], « un flambeau dont on suit spontanément la lumière. Elles seraient bien mal entendues, les dispositions du code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élémentaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste ; c'est là que doivent puiser ceux qui voudront y faire quelques progrès, et en général tous ceux qui seront chargés de la défense ou de l'exécution des lois consignées dans le code français. » Un autre auteur du code, Malleville, cite quinze ans après, en les approuvant, ces mots de Bigot dans son *Analyse raisonnée de la discussion du code civil*[44]. C'est bien un grand mérite de Savigny que d'avoir attiré l'attention sur la valeur de la forme du droit romain, mais en critiquant l'idée de ceux qui voyaient la grandeur de ce droit dans sa substance — il se moque spécialement de Bigot-Préameneu, — il a tué d'avance l'étude dogmatique du droit romain pour le temps actuel, où cette étude semble ne plus offrir un intérêt pratique immédiat.

Nous avons vu que la théorie traditionnelle donne pourtant une petite place à la doctrine de la faute dans la

[42] *Geist des römischen Rechts*, t. I, p. 18 ss.

[43] V. l'*Exposé des motifs* du titre III, livre III du code civil français relatif aux contrats ou obligations conventionnelles en général.

[44] T. III, p. 2.

partie générale; mais une place qui nous fait voir tout ce domaine important du droit sous un faux angle. A ma connaissance, on n'a jamais accordé à la doctrine de l'enrichissement la moindre place dans la partie générale; et pourtant si une doctrine a une importance générale c'est bien celle-ci.

Nous ne ferons pas une critique détaillée de la partie des droits réels, du droit de famille et des successions. Nous avons déjà dit que la première nous semble la mieux justifiée de tout le système. Le plus grand défaut du droit de famille patrimonial et des successions est que ces parties tombent tout à fait en dehors du cadre du système des droits de la systématique traditionnelle.

Si c'est un système de droits que l'on veut construire, on n'est que conséquent en créant une partie générale dans laquelle on parle des droits en général, et en la faisant suivre par des parties qui comprennent chacune une espèce différente de droits. Mais cette conséquence ne va pas très loin dans le système traditionnel. Ce n'est que la formation de la partie des droits réels et de la partie des obligations qui en découle. Le droit de famille patrimonial et les successions sont basés sur un tout autre principe de division. Les faits sont plus forts que les mauvaises théories. Il était impossible de traiter convenablement tous les phénomènes du droit de patrimoine dans un système qui n'a pas même une place pour la notion du patrimoine. On était donc forcé d'ajouter deux gros appendices à ce système pour pouvoir discuter d'une manière suffisante des matières dans lesquelles la notion de patrimoine joue un rôle prépondérant, à savoir le droit de famille patrimonial et les successions.

---

§ 6. — La partie des obligations.

(Notion du Schuldverhältnis.)

Au point de vue logique, la partie la plus défectueuse en soi du système Hugo-Heise est, à notre avis, la partie des obligations.

Nous avons déjà dit qu'elle est probablement une invention de Gaius.

C'est grâce à Gaius qu'il y a dans les institutes de Justinien une partie spéciale sur les obligations (J. III, 13-29; J. IV, 1-5). C'est encore grâce à Gaius si le premier titre du 45me livre des Pandectes, qui pourrait être le titre du livre même, est : *de verborum obligationibus*. Gaius avait écrit un ouvrage sous le titre : « *de verborum obligationibus* ». Justinien se fût mieux conformé à la pensée générale des classiques s'il avait donné au 45me livre le titre *de stipulationibus* en copiant le titre de l'ouvrage de Venuleius sur ce sujet[45]. Il est probable aussi que la rubrique *de obligationibus et actionibus,* au livre

[45] Lenel, *Palingenesia*, I, p. 1283, II, p. 134 ss., 1180 ss. et 1258, et *Das Sabinussystem*, p. 79 ss. et 93, admet l'existence, dans les commentaires *ad Sabinum*, de tout un chapitre intitulé *De verborum obligatione*. Mais cette rubrique est purement conjecturale. Leist, *Versuch einer Geschichte der römischen Rechtssysteme*, p. 48 et planche I, adopte le titre de *Stipulatio* et la rubrique la plus vraisemblable nous paraît être *De Stipulationibus*.

XLIV, titre VII, du Digeste, est due, indirectement du moins, à Gaius, car la paraphrase des Institutes attribuée à Théophile montre que les jurisconsultes byzantins du temps de Justinien considéraient la partie des Institutes de Gaius traitant des obligations comme une introduction à l'étude des actions[46].

C'est assurément un grand mérite de Gaius que d'avoir revendiqué une place systématique pour les obligations. C'était un pas en avant que de créer, à côté du système des actions et du système des faits juridiques, un système des droits. Mais le mérite de Gaius est plutôt d'avoir souligné le mot « *obligatio* ». Ce qu'il ébauche réellement sous le titre « Obligations », ce n'est pas une partie d'un système de droits, c'est encore un système de faits juridiques; il parle moins des obligations que des sources des obligations.

Mais en mettant le mot d'obligation en tête d'un chapitre du droit privé, Gaius préparait la voie. Le jour devait venir où les obligations, dans le sens même de « droits », feraient l'objet d'une étude systématique distincte.

A ma connaissance, Pothier est le premier qui ait écrit sur les obligations un traité spécial.

Il est évident que, pour les détails, l'ouvrage de Pothier n'est plus du tout à la hauteur de la science romaniste; de plus, le détail systématique du livre mérite souvent la critique; mais il avait compris son sujet. Ce n'est pas sa faute si, de nos jours, la partie des obligations est composée de deux sections complètement hétérogènes, l'une qui appartient au système des droits et l'autre au système des faits juridiques.

[46] *Institut. græca paraphs.*, III, 13 : μητέρες γὰρ τῶν αγωγῶν αἱ ἐνοχαί.

Pothier ne s'occupe dans son traité que des obligations mêmes. Dans sa première partie, il traite « de ce qui appartient à l'essence des obligations et de leurs effets », dans sa seconde partie « des différentes espèces d'obligations ». Mais il ne faut pas croire que, sous ce dernier titre, il discute les sources des obligations, comme on le fait dans le système traditionnel. Pothier connaît, comme espèces différentes d'obligations, des obligations civiles et naturelles, des obligations conditionnelles, alternatives, solidaires, dividuelles, individuelles, principales, accessoires, pénales, etc., mais il ne pensait évidemment pas qu'il y ait une différence d'espèce entre une obligation à payer mille francs en vertu d'une vente ou d'une location.

C'est pourtant ce qu'ont l'air de croire les auteurs qui ont adopté le système traditionnel. Windscheid divise son droit des obligations en deux chapitres. Dans le premier, il parle « Von den Forderungsrechten überhaupt »; dans le deuxième, il examine « Die einzelnen Forderungsrechte ». Ce dernier chapitre est subdivisé en Forderungsrechte aus Verträgen, Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen, Forderungen aus Vergehen und verwandte Fälle, etc. On trouve la même logique chez Dernburg et Baron, et chez beaucoup d'autres.

A vrai dire, il n'est pas absolument impossible de parler des sources des obligations à propos des obligations. Mais alors il faut être franc. Il ne faut pas cacher que l'on parle d'une chose à propos d'une autre. Aussi, dans les livres d'institutes[47], crée-t-on tout franchement un chapitre sur les sources (Entstehungsgründe) des obligations. Dans ces genres de manuels, qui ne sont

[47] V. Salkowski, Sohm, Czyhlarz, Girard.

pas forcés d'entrer dans tous les détails, l'appendice reste de ce fait en proportion avec le principal. Mais déjà chez Girard, dont le manuel n'est rien moins qu'élémentaire, cet appendice sur les sources devient la pièce de résistance de tout le droit des obligations.

Dans les manuels de Pandectes, cet appendice devient fatalement plus volumineux que tout le reste. C'est sans doute pour cela qu'on s'est efforcé d'en cacher la véritable nature en lui donnant pour titre : des différentes espèces d'obligations (die einzelnen Forderungsrechte, die einzelnen Obligationen, die einzelnen Schuldverhältnisse).

Je ne dis pas qu'on ait voulu sciemment tromper ses lecteurs, on s'est trompé inconsciemment soi-même et, par suite, on a induit les autres en erreur. Mais cette erreur n'en est pas moins grande pour cela.

Dans un système idéal, il ne doit y avoir aucun appendice ; on ne doit parler d'aucun phénomène à propos d'un autre. Chaque phénomène a le droit d'être discuté pour lui-même, à sa place. De même qu'une définition ou un principe sont mauvais dès qu'ils comportent des exceptions, de même un système est défectueux s'il faut y ajouter des appendices.

On dira peut-être que la partie des différentes espèces d'obligations n'est nullement un appendice du droit des obligations, mais qu'on y parle réellement des différentes espèces d'obligations, des différents « Schuldverhältnisse ». Je suis le premier à accepter cette vérité. En vertu d'une vente naît un tout autre « Schuldverhältnis », un tout autre rapport obligationnel, qu'en vertu d'une location, d'un mandat, etc. Mais il faut s'entendre d'abord sur la significations des mots.

Le second livre du code civil allemand a pour titre :

« Recht der Schuldverhältnisse » (Droit des Obligations). Or la loi allemande prend d'abord le mot Schuldverhältnis (rapport obligationnel) dans le sens le plus usité de « Forderungsrecht » (créance). Le premier paragraphe du second livre (§ 241) dit : « En vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. » La loi emploie le mot « Schuldverhältnis » dans ce sens à travers tout le deuxième livre. Mais, *horribile dictu*, le mot a, dans le même livre, encore d'autres sens, sans que les auteurs du code se soient rendu compte de la différence des significations. Zitelmann a déjà attiré l'attention sur cette pluralité des significations du mot Schuldverhältnis[48]. Il n'y a que deux significations qui nous intéressent ici : celle dont nous venons de parler tout à l'heure et celle qu'a ce mot lorsqu'on parle d'un « Dienstverhältnis », d'un « Mietverhältnis », d'une société. A supposer que Zitelmann eût raison en prétendant que, dans ces cas, il s'agit seulement d'un ensemble d'obligations et de responsabilités (Haftungen), qui naissent en vertu d'un contrat pour les deux parties, la différence logique ne serait pas tellement grande entre un « Schuldverhältnis » dans le premier et un « Schuldverhältnis » dans le second sens, si toutefois il n'y avait pas déjà dans la définition de Zitelmann le mot de responsabilités. Mais en étudiant la notion de « Schuldverhältnis » de plus près, on s'aperçoit que ce mot représente dans la loi deux notions tout à fait hétérogènes. Il y a entre la notion de la propriété et celle du « Schuldverhältnis » dans le premier sens beaucoup plus de parenté qu'entre ces deux notions de « Schuldverhältnis ».

[48] *Internationales Privatrecht*, t. II, p. 388, 389.

Le premier sens est familier à tous les juristes; il a été étudié à fond plus d'une fois, et ce n'est pas ici la place d'une étude détaillée de la notion du « Schuldverhältnis » dans le second sens. Nous devons nous borner à faire ressortir la différence, qu'il y a entre ces deux notions.

Les Romains déjà, malgré leur peu d'intérêt pour les questions théoriques, savaient très bien faire cette différence quand elle devenait pratiquement importante. Paul dit au livre 32 de son commentaire *ad edictum* (l. 26 D. 17, 1) : *Julianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare* (voir aussi l. 58 pr. D. *eod.*). Le rapport de mandat est une chose et l'obligation provenant de ce rapport en est une autre.

On nous dira peut-être: le texte de Paul-Julien s'explique très simplement. Le mandat n'est autre chose que le contrat consensuel par lequel on s'oblige gratuitement à agir pour autrui; or, on sait bien qu'il y a une grande différence entre un contrat et une obligation.

Mais ici encore on se sert d'un seul mot pour deux notions très différentes.

Le mot contrat signifie premièrement une espèce d'acte juridique. Dans la règle on ne définit que cette notion. Quand l'article 1101 du code civil français dit: « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose », il vise cette notion. Le contrat dans ce sens est une action de deux ou de plusieurs personnes. C'est donc un fait purement historique, qui, le lendemain de sa conclusion, appartient au passé. On ne peut pas résilier un contrat dans ce sens, pas plus qu'on ne pourrait revenir en arrière d'un événement historique quelconque; on peut résilier un

contrat comme rapport contractuel seulement[49]. Paul et Julien parlaient du mandat dans le sens de Vertrags-, Schuldverhältnis ; ils ne pouvaient pas le prendre dans le sens de fait, d'acte juridique, car un acte juridique, un fait, ne peut pas être résilié par la mort de quelqu'un.

Dans la théorie de la cession, on s'est aperçu depuis longtemps de la grande différence qu'il y a entre les deux notions de « Schuldverhältnis ». On peut céder une créance, on ne cède pas un rapport d'obligation[50]. On avait constaté cette énorme différence, on n'en a tiré pourtant aucune conséquence systématique. Quelle indifférence théorique admirable ! L'impassible Philéas Fog, dans les *80 jours autour du monde,* est un agité à côté de ces coryphées du droit commun.

Ou bien serait-ce autre chose encore qui les a empêchés de tenir compte de cette différence ? Est-ce la peur de la nouveauté qui leur a fait fermer les yeux devant une nouvelle notion ? Peut-être avaient-ils le sentiment vague que cette seule notion de rapport obligationnel suffisait à faire sauter tout le système traditionnel. Ce n'est que dans la littérature récente que l'on commence à s'occuper de la notion d'obligation dans ce second sens[51].

[49] V. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, t. II, p. 428 s.

[50] V. Vangerow, § 574, n. 2 ; Arndts, § 255 *ad* n. 5, etc.

[51] V. surtout Kohler, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, § 47. Kohler voit la différence dans les cas où elle se dessine le plus nettement, comme dans le cas d'un prêt à intérêt, d'un louage d'ouvrage et d'industrie, et d'une sociéte ; mais selon moi, sa théorie de ces Schuldverhältnisse est inacceptable. V. aussi Bekker, *Jherings Jahrb.*, t. 49, *Sprachliches u. Sachliches zum BGB.*, p. 13 et 57. — V. pour le droit romain Puntschart, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts*, § 9 et 11, *Die moderne Theorie des Privatrechts und ihre grundbegrifflichen Mängel*, § 1 ss. et § 17 ss. ; Affolter, *Das römische Institutionen-System, sein Wesen und seine Geschichte*, p. 34. 119, 124, 127, 167 f., 224 f., 264 f., 465 et passim.

Il y a pourtant quelqu'un qui a dû tirer bien malgré lui une conséquence systématique de cette différence entre ces deux notions : c'est le code civil allemand.

Il se voit forcé de renoncer au mot « Schuldverhältnis » dans les titres des quatrième et cinquième sections du second livre, où il parle de la cession de créance et de la cession de dette. Ici, il emploie tout à coup les mots « Forderung » et « Schuld », tandis que partout ailleurs, quand il parle d'obligations, il se sert du mot Schuldverhältnis.

Il est étrange de voir comment on confond sans cesse ces deux notions d'obligation dans le système traditionnel. C'est surtout dans la doctrine de l'extinction des obligations qu'on aurait dû faire une différence; car ici encore elle saute aux yeux. Mais non ! on se croit toujours vis-à-vis de la même notion. Une obligation dans le sens ordinaire s'éteint, en première ligne, par la prestation de la chose due ; un Schuldverhältnis dans le second sens ne peut s'éteindre qu'indirectement de cette façon. Un Mietverhältnis, un Gesellschaftsverhältnis ne s'éteint jamais par une prestation, par une consignation, une compensation, une remise de dette, mais par de tout autres modes d'extinction, par la dénonciation surtout, au moyen de laquelle une obligation dans le sens ordinaire ne peut jamais être éteinte.

Le § 571 du code civil allemand montre très bien quel rapport il y a entre les deux genres d'obligations. Le § 571 dit : « Lorsque l'immeuble loué est, après avoir été donné en usage au preneur par le bailleur, aliéné par le bailleur à un tiers, l'acquéreur est substitué au bailleur quant aux droits et obligations résultant du bail, pendant la durée de sa propriété (in die sich aus dem Mietverhältnis erge-

benden Rechte und Verpflichtungen). Donc le Mietverhältnis est dans un certain sens une source d'obligations, et aussi une source de droits. Mais le Mietverhältnis n'est pas toujours la seule source de ces obligations et de ces droits; par exemple, le droit du bailleur à une indemnité en raison des détériorations et le droit du preneur de se faire rembourser ses impenses, et naturellement les obligations correspondantes, ont deux parents : le bail et l'acte qui a causé le dommage ou réalisé l'impense.

De cela résulte, d'autre part, que le titre de la septième section du second livre du code civil allemand : « Einzelne Schuldverhältnisse » (Des obligations diverses) est sincère. Le code veut réellement parler de différentes espèces de Schuldverhältnisse dans le second sens du mot. Et il me semble qu'un certain nombre de pandectistes visaient eux aussi cette notion en formant une partie spéciale des obligations sous les titres : die einzelnen Forderungsrechte, die einzelnen Obligationen. C'est évidemment le cas de Baron. On n'a qu'à lire les prolégomènes de son § 273. Quant à Dernburg, on peut en douter. Pour ce qui est de Windscheid, je crois plutôt le contraire. Il se sert bien du titre : « Die einzelnen Forderungsrechte », mais ses sous-titres sont conçus ainsi : « Forderungsrechte aus Verträgen, Forderungsrechte aus vertragsähnlichen Gründen », etc.

Et il me semble aussi que la loi allemande, Dernburg, Baron et d'autres ont, dans un certain sens, tout à fait raison. Dans ce chapitre : « Die einzelnen Schuldverhältnisse », sans qu'on se rende bien compte de quoi on veut parler, on s'occupe naturellement beaucoup plus de ces « Schuldverhältnisse » dans le second sens que des sources des obligations. On parle bien plus des rapports contrac-

tuels que des contrats dans le sens d'actes juridiques ; car on étudie non pas seulement l'origine des rapports obligationnels — dans ce cas on ne parlerait que des sources, — mais encore toute leur existence, et surtout leurs effets. On se demande quels droits et quelles obligations ils font naître ; on se demande aussi comment ils s'éteignent, et alors on découvre parfois que les obligations et les droits qu'ils ont produits leur survivent, comme dans le cas cité par Paul et Julien. Parfois, on trouvera qu'en mourant, ou plutôt par leur mort même, ils créent des obligations et des droits ; c'est le cas par exemple de tous les rapports obligationnels en vertu desquels une des parties se trouve en possession d'une chose de l'autre partie. Du moment que le Mietverhältnis est éteint par une cause quelconque, le locataire commence à être obligé de restituer la chose louée. « Le preneur est tenu de restituer la chose louée à la fin du bail », dit le § 556 du code civil allemand. Avant ce moment, le rapport juridique entre les parties était un Schuldverhältnis dans le second sens, ce Schuldverhältnis étant détruit et avec lui le droit de détention qu'il donnait, il est remplacé par un Schuldverhältnis dans le premier sens : une obligation de restituer.

Mais si la loi allemande et certains écrivains ont raison de parler des différentes espèces de « Schuldverhältnisse » dans la seconde partie du droit des obligations, la faute logique qu'ils commettent est bien autrement grave que celle de ceux qui font de cette partie un simple appendice, en l'intitulant : Sources des obligations. Que dirait-on d'un collégien qui, dans une composition sur le « jus », parlerait, dans une première partie, du droit en général et dans une seconde partie des différents *jura* dans le sens du mot français « jus », en y énumérant entre autres le *jus*

Verrinum. La faute que commet le code civil allemand est exactement la même, lorsqu'il donne un sens au mot « Schuldverhältnisse » dans les six premières sections du deuxième livre et que, dans la septième section, qui traite des « einzelne Schuldverhältnisse », il l'emploie dans une tout autre acception.

On s'étonne de nos jours de la singulière confusion qui règne dans les articles 1984 et suivants du code civil français au sujet des notions de mandat et de procuration; la confusion des deux notions de « Schuldverhältnis » dans le code civil allemand n'est pas moins grande.

La partie des obligations du système traditionnel est un ensemble d'éléments hétérogènes.

On y parle des obligations dans le sens du § 241 du code civil allemand, celui de créance. C'est une notion théoriquement très intéressante et pratiquement fort importante. Elle mérite donc qu'on lui consacre un grand chapitre et un chapitre dans lequel elle soit examinée pour elle-même.

On y parle ensuite des actes juridiques dont l'effet régulier, mais non essentiel, est de créer, modifier, éteindre des obligations dans le sens du § 241 du code civil allemand et des Schuldverhältnisse dans le sens de la septième section de la même loi. C'est déjà une erreur. Ces actes juridiques ont aussi un droit d'être examinés pour eux-mêmes. Leur place serait dans un chapitre sur les différentes espèces d'actes juridiques dans la doctrine des faits juridiques.

On parle ensuite des « Schuldverhältnisse » dans le sens de la septième section du code civil allemand, celui de rapports d'obligation. C'est encore une erreur, causée par la confusion des deux notions du Schuldverhältnis.

Il est impossible d'indiquer une place systématique pour ces « Schuldverhältnisse » tant qu'on n'a pas examiné à fond leur nature juridique ; et cet examen ne peut se faire que dans une étude d'ensemble, dans laquelle toutes les notions fondamentales du droit de patrimoine seraient passées en revue.

On traite encore des doctrines de l'enrichissement et de la faute dans la partie des obligations, deux groupes de règles qui ont assurément un tout autre caractère que le reste des autres règles du droit des obligations.

La partie des obligations est, comme la partie générale, un tout y va. L'homogénéité de ses détails n'est qu'apparente ; à la vérité, on y trouve partout des obligations dans le sens du § 241 du code civil allemand ; mais s'il suffisait qu'un phénomène juridique eût, d'une manière quelconque, affaire à des obligations pour qu'il pût être placé dans la partie des obligations, alors on n'aurait qu'à dénommer tout le droit de patrimoine : droit des obligations.

Dans le code des obligations suisse, cette conséquence est tirée dans une large mesure. On y trouve tout ce qu'on appelle ordinairement le droit des obligations, on y trouve le droit commercial, y compris le droit des sociétés par actions ; on y trouve le droit de la lettre de change, on y trouve, comme nous l'avons déjà vu, une partie des droits réels !

---

§ 7. — **Récapitulation.**

Nous espérons avoir prouvé par notre critique de la partie générale et de la partie des obligations, que le système Hugo-Heise n'est nullement un système dans le sens logique du mot. C'est un cadre commode, qui, par sa flexibilité, permet d'y enfermer tout ce qu'on veut. Avec la méthode traditionnelle, on trouvera toujours dans ce groupement une place pour toute chose : ou l'on parlera d'un sujet à propos d'un autre, ou l'on traitera de choses hétérogènes comme de choses homogènes, en confondant l'identité d'un mot avec l'identité d'une notion, ou enfin l'on renverra dans la partie générale des matières qui n'ont aucune portée générale.

On nous dira : ce cadre a suffi à la science pendant plus d'un siècle ; pourquoi le critiquer, pourquoi chercher mieux ?

Certainement, si le rôle du système était seulement celui de nous donner une classification du détail qui nous permette de nous orienter rapidement, si les catégories du système n'avaient pas un but autre que celui des tiroirs étiquetés de l'épicier, on pourrait nous objecter qu'en pareil cas le mieux est l'ennemi du bien ; quand on a trouvé un ordre auquel chacun s'est habitué, il faut s'en contenter, car, par des changements continuels, on ne fait que dérouter tout le monde.

Mais le principal rôle du système n'est pourtant pas celui de nous orienter. Son vrai but est de nous montrer l'essence de tous les phénomènes juridiques, considérés isolément et dans leurs rapports réciproques.

Un système erroné fausse nécessairement notre manière de penser. Nous voyons alors les choses juridiques dans un faux jour, sous un angle faux.

Le système n'est qu'une vaste théorie, la plus importante de toute notre science; il influence forcément toutes les autres théories et, par là, la pratique.

C'est donc un postulat impérieux de la pratique aussi bien que de la théorie que de soumettre la systématique, comme toutes les autres théories, à une critique constante, et de chercher, dans la mesure du possible, le système idéal.

II

VERS LA RÉFORME

§ 8. — Résumé des résultats positifs de la partie critique.

Notre critique du système traditionnel nous a conduit déjà à quelques données positives qui pourraient servir à la construction du système idéal du droit de patrimoine.

Nous avons vu qu'il faut commencer par séparer nettement ce dernier droit du droit de famille. Pratiquement, la catégorie « droit privé » peut avoir sa raison d'être, mais la science ne doit pas l'admettre tant qu'elle n'en a pas prouvé la légitimité.

Nous avons vu que la partie générale doit disparaître; il ne doit y avoir ni partie générale de tout le droit privé, ni même une partie générale uniquement pour le droit de patrimoine.

Les véritables généralités, telles que les notions tout à fait abstraites de droit dans le sens subjectif, de personne, de fait juridique, auront leur place dans la doctrine générale du droit.

Chaque système spécial, comme celui du droit de patri-

moine, ne développera que les notions qui lui sont propres; dans leur cadre, les notions générales ne joueront que le rôle de notions secondaires.

Nous avons vu ensuite que le système du droit de patrimoine doit avoir une partie indépendante pour les personnes. Mais ce n'est pas là qu'on étudiera la théorie générale des personnes, surtout des personnes juridiques. Il ne sera question des personnes qu'en tant qu'elles intéressent spécialement le droit de patrimoine.

De même, il faut créer une partie indépendante pour les faits juridiques intéressant le droit de patrimoine. C'est là que trouveront leur place la vente, la location, le commodat, etc., non comme rapports juridiques (Schuldverhältnisse), mais commes actes juridiques. C'est ici qu'on examinera par exemple la question de savoir si les Romains ont envisagé la vente comme un acte obligationnel (Verpflichtungsgeschäft) ou comme une aliénation (Veräusserungsgeschäft). Placé à ce point de vue, on peut envisager la question sans préjugés. Certainement chaque législateur est libre de donner à la vente l'un ou l'autre des deux caractères ; le code civil allemand l'envisage comme un acte obligatoire (v. surtout § 446) ; le code civil français au contraire comme une aliénation (v. art. 1583). Néanmoins on peut se demander : qu'est-ce que la vente, si l'on tient compte uniquement de la volonté des parties ? La solution n'aura peut-être aucune valeur pratique directe, mais elle donnera une norme pour critiquer les essais législatifs.

Pour tous les actes juridiques qui ont été créés par le commerce des hommes (Verkehr), la liberté de régler et de construire du législateur n'est que relative. Ce n'est pas lui qui a inventé ces actes, c'est le commerce ; le légis-

lateur leur donne seulement certains effets juridiques, mais si, en vertu de préjugés inspirés par de fausses théories, par une fausse systématisation, il comprend ces actes autrement que le commerce qui les a créés, sa réglementation juridique étant basée sur une erreur ne correspond pas à notre sentiment juridique.

C'est encore dans ce domaine que les Romains peuvent nous enseigner beaucoup; ils avaient peu de préjugés théoriques et systématiques et, tant qu'ils n'étaient pas arrêtés par une loi formelle ou un droit coutumier, ils étaient libres de développer leur droit d'une manière idéale. Guidés par un instinct du droit tout à fait exceptionnel, ils profitaient largement de cette liberté, surtout dans le domaine des contrats de bonne foi, où la formule *ex bona fide* donnait l'ordre au juge de trouver le droit idéal, le jus *aequum et bonum*[52].

Dans cette partie des actes juridiques la donation trouvera aussi une place convenable (v. Windscheid, § 365 n. 18). C'est là également que sera la véritable place de la trouvaille (cf. § 965 ss. code civil allemand).

Nous avons vu, enfin, qu'il faudra de même ouvrir une partie indépendante pour les biens juridiques (choses).

Les personnes, les biens et les faits juridiques se distinguent si nettement entre eux et de toutes les autres notions dont le système doit tenir compte, qu'on court peu de risques de se tromper si l'on prétend d'emblée que dans le système idéal nous retrouverons ces trois catégories. Aussi le système traditionnel leur consacre-t-il déjà des chapitres distincts. Seulement, à notre avis, dans le sys-

[52] V. Kipp, *Geschichte der Quellen des römischen Rechts*, 2me éd., § 2, III, n. 22.

tème idéal, ces trois chapitres prendront une tout autre importance. Ils deviendront d'abord des parties indépendantes et ne seront plus des subdivisions de la partie générale qui doit disparaître. D'un côté ils y perdront, car dans ces parties on ne tiendra pas compte des notions qui ont de l'importance au-delà du droit de patrimoine, mais d'autre part ils y gagneront, car là on étudiera toutes les espèces de personnes du droit de patrimoine, toutes les espèces de faits juridiques, tous les biens juridiques.

Nous n'oserions aller plus loin dans notre esquisse d'un système réformé. Nous croyons bien que les droits réels formeront toujours un ensemble, mais il est impossible de leur donner une place systématique avant qu'on se soit nettement rendu compte de leur essence et avant de connaître leur parenté logique avec les obligations et les autres droits patrimoniaux. La partie des obligations, dans sa forme actuelle, doit disparaître. Mais où mettra-t-on ses débris? Nous avons déjà placé la vente, la location, etc., au sens d'actes juridiques, dans la partie des faits juridiques. Il faudra former ou plutôt conserver un chapitre sur les obligations dans le sens de créance; où trouvera-t-il sa place? Il faudra former encore un chapitre sur la vente, la location, etc., dans le sens de rapport obligationnel; mais y sera-t-il question uniquement de ces rapports? Je ne le crois pas. Je pense que les rapports d'obligation ne sont qu'une espèce d'un genre plus vaste, qui comprend entre autres la situation juridique créée par un testament ou un contrat de succession.

Mais ce sont là des hypothèses. Et il ne s'agit pas seulement de caser les phénomènes juridiques que le système traditionnel place dans la partie des droits réels et la partie des obligations; le nouveau système, purement

théorique, ne doit avoir ni un droit de famille patrimonial ni un droit des successions. Il faut donc trouver des places logiques pour les différents phénomènes juridiques qui sont compris dans ces parties du système traditionnel.

---

§ 9. — Valeur de la logique du langage ordinaire.

La critique du système Hugo-Heise ne nous donne guère de résultats positifs qui puissent servir à trouver des catégories logiques, outre les parties déjà provisoirement admises pour les personnes, les biens et les faits juridiques. Mais notre critique nous donne pourtant un élément précieux : la liberté, l'indépendance des préjugés systématiques.

Un progrès scientifique n'est pas possible tant qu'on admet la vaste théorie qu'est le système traditionnel comme un axiome au-dessus de toute discussion, tant qu'on regarde les formes de pensée invétérées (die eingelebten Denkformen), la pensée juridique traditionnelle (das hergebrachte juristische Denken) comme un trésor qu'il faut conserver soigneusement[53]. Mais il faut se demander si la liberté que nous donne la critique de la valeur

[53] V. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, § 29, texte après les n. 7 et 8.

scientifique du système traditionnel n'est qu'un fantôme. Peut-être, après tout, le mot de Savigny reste-t-il vrai[54], que de toutes parts nous entourent les débris de notions et d'opinions fausses ou à demi vraies, débris au travers desquels il faut se frayer un chemin.

Mais à part la pensée traditionnelle scientifique, il y a encore une autre tradition qui a un grand pouvoir sur nous, c'est la pensée préscientifique, que nous fournit le langage ordinaire. En apprenant la langue de nos pères, nous n'apprenons pas seulement à parler comme eux, mais aussi à penser comme eux. La langue met à notre disposition non seulement des mots, mais encore des notions. Si nous demandons au langage ordinaire ce que c'est qu'un droit, nous verrons que son opinion est toute faite. Il nous répondra : j'ai le droit de faire, d'exiger, de défendre quelque chose. Pour la langue, le droit est un pouvoir d'action ; celui qui a un droit peut agir dans un certain sens. Les mots allemands *Befugnis, Berechtigung* expriment immédiatement cette idée. La logique de la langue ne nous dit pas plus. Mais en approfondissant philosophiquement cette donnée, on arrive nécessairement à la définition dominante du droit dans le sens subjectif, qui dit que le droit est un pouvoir de volonté (Willensmacht, Willensherrschaft).

Il est possible que dans tel ou tel cas la logique du langage ordinaire soit un bon guide, mais en s'y fiant, on ne travaille certainement pas d'une manière scientifique. Et il me semble que si dans un cas on se sert de ce guide, on devrait le faire toujours.

Si on définit le droit en général comme un pouvoir

[54] *System des heutigen römischen Rechts*, préface, p. XXXII.

d'agir, alors tout droit concret, spécialement la propriété, sera envisagé aussi comme un pouvoir d'agir. L'art. 544 du code civil français dit, d'accord avec l'opinion dominante : « La propriété est le droit de jouir et de dispo-« ser des choses de la manière la plus absolue....» Mais si l'on avait consulté la logique du langage ordinaire, on ne serait pas arrivé à ce résulat. On ne dit pas : j'ai la propriété d'agir, de faire, de défendre ; mais tout au plus : parce que j'ai la propriété je peux agir, etc. Si la langue française n'avait pas le mot abstrait de « droit », mais seulement des dénominations pour les différents droits tels que la propriété, l'usufruit, etc., jamais les auteurs du code civil français n'auraient donné la définition de la propriété telle que nous la trouvons dans l'art. 544. Interrogés sur ce qu'est la propriété, les auteurs du code auraient répondu probablement comme Windscheid au début de sa définition (§ 167) : « Propriété signifie qu'une chose appartient à quelqu'un et qu'elle lui appartient selon le droit objectif ». Mais Windscheid, pour qui le droit subjectif est un pouvoir de volonté (Willensmacht), ne peut pas s'arrêter là. Il continue : « Une chose appartient à « quelqu'un selon le droit, cela veut dire : selon le droit, « sa volonté est décisive quant à la chose dans l'ensem-« ble de ses rapports ». Nous ne voulons pas insister ici sur le fait que les nouveaux-nés et les crétins eux aussi peuvent être propriétaires, car de la sorte nous toucherions à un des problèmes les plus ardus de notre science, et il ne peut pas être résolu dans une parenthèse ; mais on doit se demander ceci : est-ce que les deux notions *appartenance* et *domination de volonté* sont identiques ? est-ce qu'on peut appartenir à quelqu'un seulement lorsqu'on est dominé par sa volonté ? Assurément non ! Avec raison un

enfant peut dire : cette femme est ma mère, et une porte pourrait dire : cette clef est ma clef!

Je ne veux pas donner ici mon opinion sur l'essence de la propriété; je veux montrer seulement que la logique du langage ordinaire peut mener à des résultats contradictoires; nous ferions donc mieux de ne pas nous servir d'un instrument aussi dangereux[55].

---

§ 10. — Importance des notions juridiques pour la systématisation. Rapports entre ces notions et les règles de droit.

Lorsqu'on se propose d'aller quelque part, d'arriver à un but, c'est déjà beaucoup si personne ne vous indique un faux chemin. Dans notre domaine, on évite cet inconvénient en s'affranchissant des idées préconçues que pourrait suggérer la systématique traditionnelle et en évitant les pièges que tend la logique du langage ordinaire; mais il faut encore trouver le bon chemin.

D'après Windscheid, ce n'est que par la pleine compréhension des notions juridiques que nous arrivons au vrai système des droits et à la connaissance des rapports logi-

[55] Contra Krückmann, *Archiv für die Civil. Praxis*, t. 103, p. 165, n. 8 et p. 185.

ques qui existent entre les règles de droit[56]. Certes l'étude des notions juridiques est de toute importance ; mais cette étude donnera-t-elle tout ce que nous cherchons ? Elle nous mènera peut-être à un système *des droits,* mais elle ne nous donnera pas le système *du droit,* et elle ne nous montrera pas le rapport qui existe entre ses règles.

Cependant, à coup sûr, Windscheid croyait ce qu'il disait. Et cette idée, qui donne aux notions une telle importance, n'est pas même particulière à Windscheid seul ; elle était, sauf erreur, partagée par toute l'école historique allemande, et probablement est-elle bien plus ancienne que celle-ci.

C'est Jhering qui en a trouvé la formule la plus frappante.

D'après lui, la matière première (der Rohstoff) du droit — les règles de droit — est amenée par ce qu'on appelle la « construction juridique », sous forme de notions, à un degré d'agrégation de matière plus élevé. Il nomme la méthode par laquelle on arrive à ce résultat la méthode naturaliste[57]. Encore à l'heure qu'il est, Sohm défend cette idée et l'enseigne à la jeunesse juridique comme une vérité éternelle : « A la place d'une foule de règles de droit », dit-il[58] « viennent se placer une foule de notions : des notions de droits (Befugnisse), des notions d'états de

[56] Windscheid, § 24 : « Es liegt zugleich auf der Hand, dass erst aus der vollen Erfassung der Rechtsbegriffe sich das wahre System der Rechte, die innere Zusammengehörigkeit seiner Sätze ergeben kann. »

[57] Cf. Jhering, *Geist des römischen Rechts,* 5me éd., § 41, *Jahrbücher für Dogmatik,* t. I : *Unsere Aufgabe ;* Geist, *l. c.,* il dit entre autres : « Die naturhistorische Methode bedeutet die Erhebung des Rechtsstoffes in einen höheren Aggregatzustand » ; Meulenaere traduit : « La méthode d'histoire naturelle transforme et élève la matière juridique dans son essence même. »

[58] *Institutionen,* § 8.

choses (Tatbestände). Ces notions prennent en apparence le commandement sur les règles de droit, tandis qu'en réalité elles sont tirées de ces règles et dépendent d'elles. La science fait dériver de la notion de la propriété, de la notion de la tradition, etc., les différentes règles du droit positif, les mêmes qu'elle a mises auparavant dans ces notions[59]. Ensuite de la suprématie des notions, le caractère positif du droit disparaît au point de vue formel : la science procède comme si elle déduisait librement ces règles de droit de principes généraux. En partant des notions acquises nous tendons à monter à des notions toujours plus élevées. C'est ainsi que de l'instinct idéal de la science juridique découle la recherche du système du droit, c'est-à-dire d'une forme de description qui fasse voir toute la masse du droit comme l'évolution libre d'une seule notion, savoir de la notion de droit. C'est alors que la matière aura disparu et que la pensée aura vaincu ».

D'après cette idée, on croit donc pouvoir transformer toutes les règles de droit en notions et arriver par la classification des notions au système.

Je crois que c'est une énorme erreur méthodologique qui a eu des résultats déplorables. Elle a fait éclore un culte du logique qui nous semble tout à fait incompréhensible à l'heure qu'il est.

Le même Jhering, qui avait le mieux décrit et défendu

[59] Cf. aussi Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. 2me éd., p. 16 : « Des Juristen Aufgabe ist es, die Frage zu beantworten : Wie muss das Eigentum gedacht werden, damit alle auf dasselbe sich beziehenden Normen zu einer widerspruchslosen Einheit zusammengefasst werden können ? Also nicht : was ist das Eigentum, sondern wie ist es zu denken ? ist die Weise wissenschaftlicher juristischer Fragestellung. »

cette méthode, a plus tard sévèrement critiqué son application[60]. Mais malgré cela il continue à défendre la méthode elle-même. Il assure dans la 4me (5me) édition de son *Esprit du droit romain*[61] qu'il a rayé autant que possible les exagérations que contenait sa première édition dans l'appréciation de la valeur du côté logique du droit, mais la description qu'il donne dans la 4me (5me) édition de la méthode dite naturaliste, attribue encore aux notions juridiques une importance outrée. Dans cette édition aussi le système est l'ensemble des règles transformées en notions juridiques[62].

Cette conception de la méthode juridique n'est peut-être plus partagée par tout le monde, mais assurément elle a eu une grande influence sur la construction du système traditionnel.

Il y a certainement un rapport logique entre des notions juridiques telles que la propriété, les obligations, etc., et certaines règles de droit ; ces notions sont bien un produit de règles de droit, mais dans un tout autre sens que Jhering ne le pensait. Ce n'est pas le théoricien qui crée les notions, elles sont créées déjà par des règles de droit, règles qui le plus souvent ne se trouvent qu'à l'état latent. Il n'y a point de meurtre, au point de vue juridique, sans qu'une règle de droit défende de tuer, mais les codes modernes ne disent plus : Tu ne tueras point. Il n'y a pas de propriété sans qu'une règle de droit reconnaisse le rapport d'appartenance qui constitue l'essence de la pro-

[60] V. surtout *Scherz und Ernst*, p. 3 ss. et p. 121 ss. ; *Der Besitzwille, zugleich eine Kritik der herrschenden Methode*, préface.

[61] T. II, 2, § 41, n. 506 *a*.

[62] Geist, § 41, n. 528 *a* : « ...unter System verstehe ich... das Ganze der zur juristisch-begrifflichen Form erhobenen Rechtsbestimmungen. »

priété[63], mais aucun code du monde ne contient ouvertement cette règle de droit.

D'autres notions ne sont pas créées de toutes pièces par une règle de droit, mais elle doivent leur importance juridique à une règle de droit ; j'entends les notions des différentes espèces de faits juridiques. En effet, s'il est vrai qu'il existe des contrats en dehors du droit, les contrats juridiques ne sont que ceux auxquels le droit attache une conséquence quelconque. Mais pas plus ici que tout à l'heure le théoricien ne crée la notion.

D'ailleurs le nombre des règles de droit qui ont ce rapport direct et essentiel avec les notions juridiques est très restreint.

Il y a encore un autre rapport entre les notions juridiques fondamentales et un certain nombre de règles de droit. On appelle « institution juridique » (Rechtsinstitut, v. Windscheid, § 37 *a)* un ensemble de règles de droit concernant un certain rapport juridique (Rechtsverhältnis). Mais le rapport qui existe entre un « Rechtsverhältnis », tel que la propriété, et les règles de droit qui la concernent n'est pas logique, mais purement pratique. Il est facile de le démontrer.

Le droit romain et le droit commun donnent au propriétaire la *rei vindicatio*. Pour la doctrine traditionnelle, la revendication découle de la notion même de la propriété ; c'est pour cela que pour elle la propriété du droit français et du droit allemand moderne, en vertu de la-

[63] Dernburg, *Pand.*, § 39, et d'autres pensent qu'il y avait une propriété avant tout droit objectif ; v. sur cette idée Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, t. I, p. 56 s.

quelle on a la revendication seulement par exception, est une autre propriété que celle du droit romain[64].

S'il en était ainsi, il faudrait dire que l'art. 181 de la loi d'introduction du code civil allemand a détruit dans les pays du droit commun tous les droits de propriété pour donner ensuite aux anciens propriétaires de droit commun une propriété nouvelle. Il est évident que le législateur a pensé tout autrement, et avec raison. L'art. 181 dit : « Pour une propriété *existant* à l'époque de l'entrée en vigueur du code civil, il y a lieu d'appliquer, à partir de cette époque, les dispositions du code ». La propriété reste la même, ce n'est que le règlement de la propriété qui change.

Il faut en dire autant quant au règlement du rapport qui existe entre deux propriétés voisines, ou entre le demandeur et le défendeur à la revendication, ou quant aux règles qui disent comment on acquiert et comment on perd la propriété, etc.

Il y a peut-être un règlement idéal du droit de voisinage, mais la notion de propriété a peu d'importance pour ce règlement. Si la doctrine traditionnelle avait raison, chaque fois qu'une cour suprême changerait de jurisprudence sur un point quelconque du droit de vicinité, la notion de propriété changerait en même temps dans ce pays.

Et d'où découlent les règles du rapport établi entre le propriétaire revendiquant et le possesseur, est-ce de la notion de la propriété ou de la possession ?

Le rapport entre les règles de droit qui forment une institution juridique est donc purement pratique, rien de plus.

[64] V. Jhering, *Scherz und Ernst*, p. 342.

Au point de vue pratique, il peut être recommandable d'énumérer ces règles sous le titre de telle ou telle notion, mais cette méthode systématique ne jette aucun jour sur leur vrai caractère.

Il n'est pas exact de dire que par la pleine compréhension des notions juridiques on arrivera à connaître les rapports logiques qui existent entre les règles de droit.

---

§ 11. — La réalité juridique des notions et principes. L'œuvre de la théorie.

D'après Jhering et Sohm, les règles de droit, y compris les principes[65], sont la matière première du droit, et les notions sont le produit de la science juridique. La science qui ne s'occupe que des règles et des principes de droit n'est qu'une science inférieure (niedere Jurisprudenz), celle qui crée des notions est la science supérieure (höhere Jurisprudenz).

A notre avis, pour le théoricien, les notions juridiques sont aussi bien de la matière première que les règles de droit, et elles le sont même plus que les principes, du moins les notions concrètes[66] telles que la propriété, l'usufruit, etc.

[65] V. Jhering, *Unsere Aufgabe, Jahrbücher*, t. I, p. 8.

[66] Pour nous, au contraire des notions de droit subjectif, droit réel, droit relatif, droit absolu, droit patrimonial, droit de famille, etc., les notions de propriété, d'usufruit, d'habitation, droit de passage, etc., cor-

La tâche du théoricien est de décrire et les règles de droit et les notions juridiques. Ce n'est pas à lui de créer la moindre chose. Il doit se borner à décrire des réalités qui existent. En dernière analyse, tout travail scientifique consiste et doit consister dans la description de la réalité.

Une construction qui n'est qu'une construction, c'est-à-dire une pure œuvre de la pensée, est une chimère. Un fantôme de ce genre est, par exemple, la notion de patrimoine qu'on se représente comme un ensemble des biens et des dettes d'une personne. On a fabriqué cette unité de feu et d'eau pour expliquer logiquement une règle de droit indubitablement positive dans le sens étroit du mot[67].

Heureusement, la théorie se trouve en face d'une telle foule de notions d'une réalité juridique parfaite, que la tentation d'inventer des billevesées comme cette notion de patrimoine n'est pas très grande pour elle.

Très souvent c'est déjà un grand mérite que de percevoir une notion juridique et de la dénommer. Les Romains se sont contentés de cela la plupart du temps. Ils avaient des notions une vision, une intuition sûre (Anschauung), mais ils ne réussissaient pas à les formuler.

respondent à quelque chose de juridiquement palpable et saisissable. Ce sont des corps juridiques (Jhering, *Geist,* § 41, n. 506), des êtres réels (Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit,* 3me éd., p. 29). C'est pour cela que je crois être en droit de parler ici de notions concrètes. Certainement la propriété est une notion générale qui correspond à une infinité de notions individuelles ; mais la division des notions en notions générales et individuelles n'est pas identique avec la division en notions abstraites et concrètes. Une notion générale peut être une notion concrète. V. Wundt, *Logik,* t. I, p. 105 ss. ; p. 112 : « Ein individueller Begriff wird immer zugleich konkret, ein konkreter aber wird sehr häufig generell sein. »

[67] Windscheid, § 42, n. 3 et § 528, n. 4.

Savigny constate[68] que les notions étaient pour les juristes romains des êtres réels, dont ils connaissaient l'existence et la généalogie grâce à une longue fréquentation intime.

« Il importe », dit Jhering[69], « de ne pas confondre la conception (Anschauung) des notions et leur formule ou définition. La conception peut être parfaitement exacte, tandis que la formule, la définition est boîteuse; les juristes romains qui opèrent si sûrement avec leurs notions avouent eux-mêmes (l. 202 D. 50, 17) que leurs définitions sont parfois complètement insuffisantes. »

Je crois qu'on peut aller plus loin que Jhering : on peut dire sans se tromper que les juristes romains ne nous ont laissé aucune définition juste.

Mais s'il en est ainsi, peut-on prétendre que ces notions sont l'œuvre de la théorie romaine ? Les juristes romains ont vu et dénommé ces notions; l'œuvre de la théorie, leur description exacte reste encore à faire.

Les Romains n'ont guère vu et dénommé plus que les notions concrètes. Comme tout intérêt leur manquait pour la théorie, ils ne se sont occupés que du droit phénoménal.

Ils avaient bien le mot *negotium,* le mot *jus,* mais ces mots correspondaient à des idées très vagues. Ils nous ont laissé le soin de trouver les notions de l'acte juridique (Rechtsgeschäft) et du droit subjectif.

Il est rare qu'ils ébauchent quelques règles générales, et, s'ils le font, elles ne sont pas en accord avec les règles concrètes du droit romain; c'est à nous de trouver les vrais principes directeurs dont ces règles dérivent.

[68] *Ueber den Beruf unserer Zeit,* 3me édit., p. 29.
[69] *Geist,* § 41, texte *ad* n. 509; je donne la traduction de Meulenaere.

Mais la réalité du droit ne consiste pas seulement dans le droit phénoménal, dans les règles de droit concrètes et les notions concrètes ; les concepts les plus élevés, tels que ceux d'actes juridiques, de droit subjectif, etc. et les principes les plus abstraits forment aussi une partie de cette réalité.

Tant que nous ne connaissons que le droit phénoménal, nous ne connaissons pas tout le droit. Naturellement ces abstractions n'ont point de réalité en dehors des phénomènes dont nous les avons tirées, mais les phénomènes concrets n'existent pas non plus sans les abstractions qu'ils suggèrent. Quand on dit que l'usufruit est le *jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia,* il n'y a pas un seul élément de pure construction juridique dans cette définition. Tout est réalité. Ce qui est de pure théorie, c'est la distinction des éléments qui ne sont pas séparés dans la réalité. Il n'y a pas de *jus* en dehors de tout droit concret, mais il y a un *jus* dans tout droit concret, et cet élément, bien que combiné dans la réalité avec d'autres éléments très différents, est toujours le même. C'est pourquoi dans un besoin de simplification nous le séparons dans notre pensée des éléments variables. Mais notre pensée ne crée pas cet élément, elle le trouve.

Il est encore de même des principes.

Un principe est une règle de droit qu'on tire par abstraction d'une ou de plusieurs règles concrètes et phénoménales. Ici la tâche du théoricien est très délicate. On trouvera facilement dans chaque règle de droit concrète un élément abstrait. Le droit romain connaissait des règles de droit d'après lesquelles les parties pouvaient se lier valablement par une vente, par une location, par un mandat, etc. Il y a certainement dans toutes ces règles

concrètes cette abstraction : qu'on peut se lier valablement par une convention quelconque ; mais il est évident que le droit romain ne connaissait pas ce principe et que cette généralisation est fausse.

Il ne suffit donc pas de mettre en lumière les éléments abstraits qui se trouvent dans les règles de droit, il faut encore prouver que ces éléments font partie du droit même. Faire cette preuve est une des tâches les plus difficiles qui incombent à notre science. On s'en passe volontiers en se servant de l'analogie, méthode dont l'usage est excusable quand on n'a pas le temps de travailler scientifiquement, comme c'est le cas du praticien forcé de trouver une décision dans la huitaine ; mais cette méthode ne donne aucune garantie. En s'en servant, on ne sait jamais si l'on trouve du droit ou si l'on en invente arbitrairement.

Cette preuve ne peut se faire que par une systématique capable de nous montrer les rapports qui existent entre les règles de droit.

Je ne puis insister davantage ici sur cette question ; il me suffit de constater que les principes, eux aussi, forment une partie de la réalité juridique. Le théoricien ne les crée pas, il les trouve.

---

§ 12. — Systématique et dogmatique.

Toute la réalité juridique se compose donc, comme nous l'avons vu, d'une part des règles de droit concrètes et des principes, d'autre part des notions concrètes et des notions abstraites.

Ce sont deux éléments de même valeur, mais aussi deux éléments hétérogènes. Il est impossible de transmuer les règles de droit et les principes en notions.

Mais s'il en est ainsi, toute la dogmatique du droit de patrimoine, et peut-être toute la dogmatique entière doit se partager en deux disciplines nettement distinctes. La tâche de l'une sera la description des notions concrètes et abstraites, la tâche de l'autre la description des règles de droit et des principes. Chaque discipline arrivera à un système propre : l'une à un système de notions, l'autre à un système de règles de droit, ce mot pris dans un sens large en y comprenant les principes. Ce n'est que par cette division du travail qu'on arrivera à une pleine compréhension des notions et à la connaissance des rapports logiques qui existent entre les règles de droit ; bref, à connaître l'essence du droit.

On pourrait être tenté d'appeler la discipline qui étudie les notions, l'anatomie du droit et celle qui a pour objet les règles de droit la physiologie du droit. Mais on pourrait

tirer de cette dénomination des conséquences auxquelles nous sommes loin de penser. Nous préférons nous servir de termes qui sont déjà en usage dans la terminologie juridique. J'appellerai la première discipline systématique et l'autre dogmatique. Il ne s'agit que de prendre ces deux termes dans un sens plus étroit que celui qu'ils ont d'ordinaire. Je nomme la première systématique, parce que c'est elle qui doit nous donner un système d'ordre, une classification. Je nomme la seconde dogmatique, parce que ses énoncés prendront la forme de dogmes juridiques. On comprendra ce que je veux dire par là, mais je me garderai bien de définir l'expression dogmes juridiques. En se servant du mot dogmatique, la science du droit a fait à la théologie un emprunt qu'on ne peut guère justifier sérieusement.

La dogmatique, elle aussi, doit nous donner un système ; non un système au sens propre du mot, non une classification, mais un système de règles.

La principale question de la systématique sera : Qu'est-ce ? celle de la dogmatique : Pourquoi ?

La systématique partira des notions concrètes telles que la propriété, les servitudes, etc. et en comparant les définitions formulées elle trouvera les éléments abstraits identiques et montera de cette façon jusqu'aux notions les plus élevées, toujours en procédant par induction.

La dogmatique partira des règles de droit concrètes et tâchera de les réduire dans la mesure du possible à quelques grands principes. Mais pour ne pas tomber dans la philosophie du droit, la dogmatique doit se garder de sortir de la réalité du droit même. Sa mission n'est pas de nous dire pourquoi, en droit romain, la vente lie les contractants, ceci est une question philosophique ; elle ne de-

mandera pas non plus quelles circonstances extérieures ont poussé les Romains à donner à la vente cet effet juridique, c'est là une question historique. Les explications doivent amener des résultats qui soient eux-mêmes juridiques. En droit romain, la dogmatique pourra demander pourquoi le commodataire est responsable de faute légère ; car la réponse lui donnera une règle qui, elle aussi, sera une règle de droit.

La systématique sera une science essentiellement descriptive, la dogmatique sera d'abord explicative, mais en dernière analyse elle aussi deviendra descriptive, car, ainsi que nous l'avons vu, en formulant ces principes qui ne se trouvent dans le droit phénoménal qu'à l'état latent, le juriste ne fait pas une œuvre de pure création, il ne fait que décrire ce qui existe déjà.

Cette séparation de l'étude du droit privé et peut-être du droit entier en ces deux disciplines de systématique et de dogmatique n'est pas une idée entièrement neuve. J'aurais pu même emprunter à la science allemande deux termes pour la dénommer : « Begriffslehre » (théorie des notions) et « Prinzipienlehre » (théorie des principes)[70].

[70] Cette méthode ressemble assez à une autre : l'« Interessenjurisprudenz » ; car cette dernière aussi veut, si je l'ai bien comprise (v. p. ex. Müller-Erzbach dans *Jherings Jahrbücher*, t. 53, p. 357, *i. f.*), expliquer les règles de droit par des principes et non par des notions, des constructions. Quant à cela, les défenseurs de cette méthode ont, à mon avis, tout à fait raison ; mais ils vont plus loin. D'après Müller-Erzbach, cette méthode devrait devenir la seule admissible (v. *l. c.*, p. 372). Au lieu de transformer la « Begriffsjurisprudenz », autrement dit la « konstruktive Methode », en une « Begriffslehre », ils veulent l'abolir complètement. Pour arriver à ce résultat, ils font le contraire de la méthode traditionnelle, ils essayent de transformer les notions juridiques en règles de droit. On peut voir, p. ex., comment, sous la main de Müller-Erzbach, la notion de la possession médiate (§ 868 code civil allemand) est convertie en principes (*l. c.*, p. 362 ss.). Mais supposons que

J'y ai renoncé à cause de l'impossibilité de trouver en français des termes simples équivalents.

Tous ceux qui étudieront plus particulièrement les notions fondamentales du droit, comme l'a fait par exemple Thon dans son précieux livre sur « la norme juridique et le droit subjectif » *(Rechtsnorm und subjectives Recht)*, s'apercevront que l'autre élément : les principes, les règles de droit, n'entrent pas sérieusement dans le champ de leur discussion. C'est le cas même pour Thon, bien que d'après lui tout le droit d'une société ne soit qu'un ensemble d'impératifs (p. 8). En comparant l'objet de son livre à celui du *Zweck im Recht* de Jhering, il constate dans sa préface (p. VIII), qu'il avait pris à tâche de mettre à nu le squelette du droit et de discuter à côté de cela la possibilité seulement du mouvement de ses différentes parties, tandis que l'ouvrage de Jhering était consacré à l'étude des muscles et des nerfs et surtout de l'appareil moteur même.

Mais si l'idée de distinguer la systématique et la dogmatique n'est pas nouvelle, cette séparation n'a pourtant pas été comprise jusqu'à présent comme une nécessité, et elle n'a guère eu d'influence sur la systématisation du droit privé.

Il y a bien dans le système traditionnel des parties qui sont nettement ou de la dogmatique ou de la systématique.

cette transformation soit possible, je ne crois pourtant pas qu'on puisse transformer ainsi la notion de la possession immédiate. Il nous faut dire alors ce que c'est que la possession immédiate. Il faut donc une « Begriffslehre », une systématique ; en d'autres termes, l'Interessenjurisprudenz ne peut pas devenir la seule méthode admissible. — V. aussi Sohm, *Jherings Jahrbücher : Noch einmal der Gegenstand*, t. 53, p. 394.

Dans la partie générale, on fait surtout de la systématique ; ce n'est pas un hasard, car c'est là qu'on expose le système des droits ; mais on y trouve aussi des éléments de pure dogmatique, tels que les chapitres sur la faute, sur l'exercice des droits, sur la légitime défense et sur la justice propre.

En revanche, dans les parties spéciales, on ne fait plus de systématique pure, mais on trouve de grands chapitres de pure dogmatique. Presque toute la partie générale des obligations, entre autres, a ce caractère.

Mais généralement des questions de dogmatique et de systématique sont entremêlées dans les parties spéciales.

Prenons comme exemple la doctrine de la propriété.

La première question qu'on discute est celle de l'essence de la propriété. C'est naturellement une question de systématique. On ne peut y répondre d'une manière complète qu'en étudiant la nature des droits réels. Et il faut aller plus loin, il faut remonter jusqu'à la notion du droit dans le sens subjectif et cette étude force à examiner la nature juridique des obligations, etc. ; bref, ce n'est pas dans le cadre de la doctrine de la propriété qu'on peut répondre à la question de la nature juridique de la propriété. Ce n'est que par une étude d'ensemble de toutes les notions juridiques du droit de patrimoine, en remontant jusqu'aux abstractions les plus élevées, que nous trouverons la solution ; tandis que l'étude de toutes les autres questions qu'on examine en général dans la doctrine de la propriété ne nous aidera guère à connaître l'essence de la propriété.

D'autre part la connaissance de la notion de la propriété ne joue aucun ou presque aucun rôle dans l'examen des autres questions que l'on traite en outre dans la doctrine

de la propriété; ainsi : sous quelles conditions le propriétaire revendiquant peut-il exiger des dommages et intérêts de son adversaire ? dans quelle mesure peut-il réclamer des fruits ? quand doit-il indemniser l'adversaire pour ses impenses ? dans quelle mesure peut-il incommoder son voisin par de la fumée, par du bruit, etc. ?

Il est impossible de donner une réponse sérieuse à toutes ces questions en se renfermant dans le cadre de la doctrine de la propriété.

Dans chacun de ces cas il s'agit d'une application spéciale d'un grand principe. Ce n'est qu'en examinant ces principes et toutes ces applications dans des études d'ensemble qu'on arrivera à des solutions satisfaisantes.

Les sources du droit romain ne contiennent aucune règle de droit expresse qui décide si et sous quelles conditions le propriétaire a une action négatoire contre son voisin quand celui-ci l'incommode par du bruit.

La définition dominante de la propriété nous donne deux réponses nettement contradictoires à cette question. Elle dira : le voisin qui se trouve incommodé pourra défendre le moindre bruit, et en même temps : le voisin qui fait du bruit peut en faire tant qu'il voudra.

En s'en tenant aux décisions analogues on n'arrive guère plus loin. On a cru trouver dans ces décisions le principe des « immissions » ; et Windscheid veut nous faire croire que dans le cas du bruit il y a aussi une immission, parce que celui qui fait du bruit lance des ondulations de son sur le terrain du voisin (§ 169, n. 20). Evidemment Windscheid ne se sentait pas tout à fait à l'aise en écrivant cela ; aussi n'ose-t-il exprimer son opinion que sous forme de question. Dernburg (*Pand.* I. § 199, n. 9) préfère accepter l'argumentation du Reichsgericht (VI p. 217 ss.). La cour suprême

dit entre autres : « Le droit sur la chose n'est pas seulement lésé quand l'intégrité de la chose est attaquée... mais aussi quand l'usage de la chose par les hommes est empêché ou rendu plus difficile par une cause qui se dirige contre les hommes mêmes dont les besoins doivent être satisfaits par l'usage de cette chose .. Il faut reconnaître que la propriété n'est pas seulement lésée par des... immissions ; la propriété est exercée par des hommes, non à cause de la chose qui est l'objet de la propriété, mais à cause des besoins des hommes qui sont satisfaits par cette chose. »

L'argumentation du Reichsgericht prouve trop, car elle prouve aussi que celui qui fait du bruit peut en faire tant qu'il voudra, pourvu que ses besoins l'exigent. Et, dans l'espèce, c'était le cas. Ce voisin avait dans sa maison une machine à imprimer qu'il faisait marcher pendant la nuit.

Il est impossible de trouver dans le cadre de la doctrine de la propriété des arguments convaincants pour prouver qu'un propriétaire qui a des voisins ne doit pas faire du tapage autant que bon lui semble.

Il ne s'agit plus ici d'une question de propriété, mais d'un grand principe qui trouve des applications dans tout le domaine du droit de patrimoine : le principe de la collision des intérêts[71].

[71] V. sur ce sujet mes *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts (Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts* von Rudolf Leonhard, Heft 12), § 25 ss. : *Die Pflichtnormen und Interessenkollisionen.*

§ 13. — Possibilité de formuler des principes.

L'étude des principes, surtout, souffre de la systématique actuelle, qui groupe les règles de droit autour de quelques notions juridiques sans tenir compte du rapport qui existe entre ces règles de droit en dehors de ces groupements qu'on appelle des institutions.

Mais, nous dira-t-on probablement, la doctrine fait bien de négliger l'étude des principes, car ces principes n'existent pas.

Nous touchons là à une question extrêmement délicate. Cette question et celle de la possibilité des définitions juridiques rigoureusement exactes sont identiques pour nous à celle-ci : y a-t-il une science juridique, ou tout travail du juriste en dehors de l'histoire du droit consiste-t-il dans l'interprétation des textes et dans l'invention de nouvelles règles de droits ? D'après Zitelmann, cette dernière activité du juriste est la plus noble[72]. C'est possible, mais ce n'est pas de la science, c'est de la politique juridique. Zitelmann lui-même appelle cette activité « l'art de l'homme d'état juriste » (Kunst des juristischen Staatsmannes). C'est *l'ars aequi et boni* des Romains, mais les Romains étaient moins des théoriciens du droit que des créateurs de droit *(conditores juris)*.

S'il n'y a pas de principes et si les notions juridiques

[72] Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, t. II, p. 14.

ne sont que des représentations vagues, indéfinissables, alors il n'y a pas non plus de système du droit dans le sens théorique du mot, c'est-à-dire il n'y a point d'ordre intérieur des phénomènes juridiques. Il n'y aura alors que des règles de droit qu'il faut trouver par la méthode de l'interprétation ; c'est tout.

Ces deux questions nous intéressent donc au dernier point, car à quoi bon parler du système du droit, s'il n'existe pas ?

Nous sommes donc forcé de toucher deux mots de ces questions; mais, disons-le tout de suite, nous en parlerons sans espoir de convaincre personne.

Moi-même, je puis dire seulement que je crois à l'existence de ces principes, je crois que ces définitions sont possibles. Mais il faut partir de cette croyance. Le naturaliste qui observe les phénomènes de la nature ne sait pas non plus qu'il trouvera des lois, mais il a cette foi, car il croit à un ordre intérieur dans la nature (Weltordnung). Pour ma part, je crois à un ordre intérieur du droit (Rechts*ordnung*). Et je ne suis pas le premier à penser ainsi : toute l'école historique allemande partageait cette manière de voir.

« La nouvelle école historique, » dit Windscheid (*Pand.* § 9), « se distingue de celle du seizième siècle par... le fait qu'elle porte plus d'intérêt à la formulation exacte des notions et à la recherche du rapport systématique qui existe entre les différentes règles du droit romain[73]. » A un autre endroit (§ 24) il dit encore : « La nouvelle science juridique a la tendance nettement

[73] Windscheid, *Pand.*, § 9 : « ...durch die gesteigerte Aufmerksamkeit auf die scharfe Ausprägung der Begriffe und auf den Nachweis des systematischen Zusammenhangs zwischen den einzelnen Sätzen des römischen Rechts. »

prononcée d'aller aussi loin que possible dans l'analyse des notions. Et c'est là son mérite. En effet, de l'intelligence complète des notions contenues dans les règles de droit ne dépend pas seulement la pleine compréhension du droit, mais aussi la sûreté de son application... » Et nous voyons Windscheid s'indigner lorsque Dankwardt lui reproche de déclarer superflu de chercher les principes des règles de droit. « Il n'y a pas de termes parlementaires pour qualifier une telle polémique, » répond-il à Dankwardt (§ 430, n. 17).

Cette croyance de Windscheid à l'existence des principes et à la possibilité d'une définition exacte des notions n'est pas une idée personnelle, discutée par ses contemporains ; c'était une croyance commune à toute l'école historique du XIXme siècle. Mais c'est aussi la faute de cette école si le plus grand nombre des juristes n'a plus cette foi à l'heure qu'il est.

Au lieu de chercher des principes pour eux-mêmes dans un pur intérêt théorique, méthode qui seule peut nous mener à un système complet des principes, elle se contente en général de s'élever à des principes là où un besoin pratique l'exige, quand il s'agit de remplir une lacune du droit, ou encore dans les cas rares où une règle de droit l'étonne. — Un cas de cette nature occupe Windscheid à l'endroit où il s'irrite contre Dankwardt. Il s'agit de savoir si l'*actio negotiorum gestorum contraria* est elle-même un principe, c'est-à-dire si elle est juridiquement irréductible ou si elle est l'application d'un principe. — Mais le vrai théoricien doit s'étonner toujours et s'étonner de toute chose. Il ne faut pas laisser passer une seule règle de droit sans lui poser la question : pourquoi es-tu là et pourquoi es-tu comme tu es ?

On ne peut pas reprocher à l'école historique moderne le même défaut d'intérêt théorique pour les notions. Elle n'a pas renoncé à les étudier quand l'intérêt pratique lui semblait faire défaut, car elle avait besoin de l'étude des notions pour arriver à un système de droits ; les fautes qu'elle a commises dans ce domaine sont d'une autre nature ; nous en parlerons plus loin ; pour le moment, nous nous bornerons à dire quelques mots de l'importance des principes et de l'explication dogmatique du droit.

---

§ 14. Les principes et l'explication dogmatique.

Il n'est pas rare que l'explication, le principe d'une règle de droit soit en dehors du domaine du droit. Un exemple incontestable de ce genre est la disposition du § 544 du code civil allemand, qui donne au preneur le droit de dénoncer le bail sans observer aucun délai de dénonciation, si l'habitation louée est malsaine, et cela quand même il aurait, lors de la conclusion du contrat, connu cet état de choses.

Ces règles de droit appartiennent au droit positif dans le sens étroit du mot. Windscheid considérait l'*actio negotiorum gestorum contraria* comme une règle positive de ce genre. Ce n'est pas notre avis. De même que le caractère positif du § 544 s'affirme d'emblée, de même

tout esprit non prévenu sentira que l'*actio negotiorum gestorum contraria* est une règle qui fait nécessairement partie intégrante du droit de patrimoine.

Mais en pareil cas on ne peut pas découvrir le principe cherché rien qu'en étudiant l'action pour elle-même. Pour arriver à une formule exacte de ce principe, il faut une dogmatique de tout le droit romain[74].

La plupart des règles d'un droit tel que le droit romain ne sont pas des règles positives dans le sens étroit du mot, ce sont plutôt des dispositions réductibles, non à des notions juridiques, mais à quelques grands principes qui, eux-mêmes, découlent d'un principe central[75].

L'école historique du siècle passé faisait surtout de l'histoire du droit. « C'est l'étude historique qui prédomine encore à l'heure qu'il est, » dit Windscheid (*Pand.*, § 9). Cette école dont nous sommes les héritiers directs[76] faisait de la dogmatique, moins dans l'idée d'élargir par cette méthode notre connaissance de l'essence du droit, que poussée par le besoin de travailler pour la pratique.

Au même endroit, Windscheid dit encore qu'une compréhension complète de l'essence du droit romain, comme de tout droit positif, ne peut être acquise que par l'étude historique.

C'est presque une vérité triviale. Mais il faut y ajouter que l'étude historique n'est qu'un des moyens indispen-

[74] V. sur ce principe mes *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*, § 28, p. 192 ss.

[75] V. mes *Prolegomena* p. 72 ss.

[76] On pourrait dire même : les continuateurs. V. Sohm, *Systematische Rechtswissenschaft (Kultur der Gegenwart)*, p. 90 : « Damit ward die geschichtliche Rechtswissenschaft, welche die Rechtswissenschaft der Gegenwart ist, durch Savigny begründet. »

sables pour arriver à la compréhension complète de l'essence du droit; l'étude historique doit être complétée par l'étude dogmatique, non par une dogmatique que l'historien élabore chemin faisant, parce qu'elle lui est indispensable, mais par une étude dogmatique faite pour elle-même, et qui s'occupera peut-être un peu d'histoire, parce qu'elle ne peut s'en passer.

Pour comprendre le corps humain, il faut en connaître aussi l'histoire. Celui qui fera cette histoire nous parlera entre autres de l'appendice vermiculaire, de la glande pinéale, qui chez quelques serpents est un œil accessoire, du coccyx, etc. Nous ne comprenons pas ces organes rudimentaires sans faire de l'histoire. Ce sont dans notre corps, du moins d'après l'opinion dominante, de vrais restes historiques. En revanche, la grande majorité des parties de notre corps est beaucoup mieux comprise par une étude ontologique (dogmatique).

Dans le corps du droit romain, il y a aussi des restes historiques; il faut les expliquer historiquement; mais il est impossible de comprendre entièrement par la méthode historique les règles de droit romain dans lesquelles l'idéal d'un droit de patrimoine, tel que nous pouvons le concevoir, est presque réalisé.

A quoi nous sert la connaissance de l'histoire de la *negotiorum gestio* pour comprendre l'*actio negotiorum gestorum contraria?* Et si vraiment on ne pouvait la comprendre que par son histoire, aucun législateur moderne ne devrait la conserver.

L'école « épigraphique » actuelle n'a naturellement plus aucune raison de chercher les principes cachés du droit phénoménal romain. Elle ne fait de l'histoire que pour faire de l'histoire. C'est bien; mais on peut lui

reprocher de croire qu'elle peut, par cette méthode, comprendre le droit romain en lui-même et dans son essence. Car pour elle l'étude historique du droit romain n'est pas un des moyens d'arriver à la connaissance de ce droit, c'en est l'unique moyen.

On peut se borner à ne voir dans le développement de l'art chez les Grecs et au temps de la Renaissance qu'une étape de l'histoire de l'art, à partir des dessins de l'homme préhistorique. Mais ces études purement historiques peuvent-elles faire comprendre l'essence de l'art ? A côté de l'histoire de l'art, il faut une esthétique ; à côté de l'histoire du droit, il faut une dogmatique.

L'école « épigraphique » croit à elle seule comprendre tout le droit romain. Un seul exemple nous montrera dans quelle mesure elle croit à la suffisance de sa méthode.

Girard, dans son *Manuel de droit romain,* au chapitre intitulé : « Origines historiques du système des délits privés » (p. 391), étudie le fondement général de ce système et cherche la raison d'être de la créance spéciale, régie par des règles propres, reconnue à la victime du délit contre son auteur. « A cette question, » nous dit-il, « il existe à notre sens une réponse, et *il n'en existe qu'une*[77]. Le fondement du système est historique. Le système des délits privés romains, de même que les institutions parallèles de beaucoup d'autres peuples, s'explique uniquement comme une étape de l'histoire du droit pénal, d'une évolution qu'ont accomplie normalement tous les peuples arrivés à la notion moderne de délits publics punis par l'Etat et qu'on peut commodément

[77] C'est moi qui souligne.

ramener à quatre phases : la phase de la vengeance privée, celle des compositions volontaires, celle des compositions légales et celle de la répression par l'Etat. » Après avoir donné quelques détails sur ce développement, Girard conclut : « Tel est le système qui nous paraît certain sur l'origine du droit pénal tout entier et en particulier sur l'origine de la théorie des délits romains. A nous en tenir à ces derniers, nous remarquons qu'il explique et qu'*il explique seul*[78], à la fois leurs règles d'ensemble et de détail, qui en dehors de là n'apparaissent que comme un amas de singularités arbitraires et déraisonnables. »

Ce qui me semble juste, dans ce que dit Girard, c'est que celles des règles romaines des délits privés qui nous apparaissent comme un amas de singularités arbitraires et déraisonnables ne peuvent être expliquées que par cette origine historique. Il est juste aussi de dire que les délits privés et les délits publics, soit les actions en dommages et intérêts et le droit pénal, ont la même origine historique.

Mais en dehors de cela, cette origine historique n'explique rien ; elle fait comprendre les résidus historiques qui sont demeurés en partie jusqu'à nos jours dans le corps du droit romain ; mais elle ne fait nullement saisir la transformation du système des délits privés en système d'actions en dommages-intérêts, qui commence déjà vers la fin de la République pour n'être achevée que de nos jours.

Et que nous dit cette explication historique sur la notion la plus importante dans ce domaine, la notion de la faute ?

[78] C'est moi qui souligne.

Le développement de cette partie importante du droit romain et, nous pouvons le dire, du droit européen, est certainement déterminé en quelque mesure par cette origine historique ; mais cette origine agit comme une loi d'inertie, d'une manière réactionnaire ; s'il n'existait qu'elle, il n'y aurait point d'évolution ; nous en serions encore à la vengeance privée, et cette vengeance ne serait pas même devenue une « institution juridique ». Mais il y a évolution, il n'y a donc pas seulement cette loi d'inertie, et cette évolution ne se fait point à l'aventure.

Dans ce domaine du droit précisément, nous pouvons observer une des applications les plus intéressantes de la loi d'évolution du droit de patrimoine. Elle entre en combat, dès le premier jour, avec cette loi d'inertie, et finit, à travers les siècles, par remporter la victoire.

C'est déjà grâce à elle que la vengeance privée devient une institution juridique ; c'est grâce à elle que cet amas de singularités arbitraires qui se trouve encore dans le droit romain classique a disparu du droit commun ; c'est, par dessus tout, grâce à elle, que le système des délits privés se transforme en un système d'actions en dommages-intérêts.

Et à mesure qu'elle gagne du terrain, cette loi d'évolution elle-même se transforme en un principe de droit, et elle devient par là une partie intégrante du droit positif.

La formule de cette loi causale est dictée par le but du droit de patrimoine qui est de reconnaître comme tels les intérêts (de fait) dignes de protection (Förderungsprinzip) et de protéger, dans l'intérêt de la société, les intérêts reconnus dignes de protection (intérêts juridiques), autant que cela est possible sans léser d'autres intérêts juridiques aussi dignes sinon plus dignes d'être protégés

(Schutzprinzip)[79]. Appliquée au domaine du droit qui nous intéresse ici, cette loi prend la forme d'un impératif, réalisé déjà dans le droit romain classique tel qu'il nous est donné dans l'œuvre de Justinien.

C'est là que nous l'avons trouvé par induction et non par une construction déductive. La vraie sanction de cet impératif est l'action en dommages et intérêts, car le but du droit de patrimoine n'exige que cela, c'est affaire du droit pénal de punir. Une fois le lésé indemnisé, cette sanction perd sa raison d'être. Si sur ce point et sur d'autres aussi le droit positif romain ne correspond pas encore complètement au principe dont nous parlons, c'est un simple effet de la loi d'inertie par laquelle Girard veut tout expliquer. La connaissance du principe historique, — et pour ainsi dire négatif, — de Girard est pour nous d'une grande valeur, parce que seule l'histoire permet une justification suffisante des exceptions au principe dogmatique, seul vraiment positif pour nous.

Mais ce que nous fait surtout comprendre cet impératif issu de la loi causale qui vient d'être énoncée, c'est la notion de faute dans ce domaine.

La faute n'est autre chose que la violation d'un devoir, et il y a faute ici, si nous avons manqué au devoir spécial que nous impose cet impératif. Cet impératif nous donne le devoir juridique le plus important du droit de patrimoine, mais ce n'est pas le seul, et par conséquent cette faute n'est pas la seule possible, mais c'est la principale espèce de faute.

Si l'on tient compte de l'ensemble des actions pénales du droit romain et de ses actions en dommages et intérêts

[79] V. mes *Prolegomena zu einem System des Vermögensrechts*, p. 72 ss.

y compris les actions en dommages-intérêts contractuelles et réelles, et de l'*actio civilis incerti (actio prescriptis verbis* et *actio in factum civilis)*[80], dont se servaient les jurisconsultes classiques pour compléter le système historique des actions nommées (V. l. 1 et 2, l. 11, première phrase, D. 19, 5), on trouvera que presque toutes ces actions[81] sont données comme sanction de l'impératif suivant :

Tu feras ton possible pour ne pas léser les intérêts pécuniaires d'autrui, du moins tu éviteras de les léser,

si le lésé n'est pas consentant *(volenti non fit injuria ;* v. pourtant mes *Prolegomena,* p. 149, n° 1);

si en outre tu as conscience que ton action touche aux intérêts d'autrui ou qu'il eût été possible d'arriver à cette conscience sans effort (*non intellegere quod omnes intellegunt;* l. 31 D. 9, 2 : *nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit*) ;

si enfin tu peux les respecter sans renoncer à défendre des intérêts tout aussi dignes et peut-être plus dignes de protection que ceux de l'adversaire *(qui suo jure utitur, neminem laedit;* v. mes *Prolegomena,* p. 174 ss.; l. 14 pr. D. 19, 5 : *qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione);*

(Sanction) : Tel est ton devoir et, si tu y manques, tu seras obligé de réparer le dommage qui résulterait

[80] V. Lenel, *Edictum,* 2me éd. allemande, § 112.

[81] Il y a des exceptions, car le droit romain connaît d'autres devoirs juridiques que celui qu'impose l'impératif que nous formulons ici. Mais ces devoirs sont peu importants comparés à celui qui nous occupe ici. Ce sont des « singularités » qui ne se trouvent pas nécessairement dans chaque législation. Dans le cas des « quasi-délits » les devoirs violés sont des devoirs positifs de cette nature.

de ta faute, c'est-à-dire de la violation du susdit devoir.

(Exception à la sanction) : à moins toutefois que le dommage ne soit la conséquence de la violation du devoir du lésé de veiller à ses propres intérêts (L. 203 D. 50, 17 : *quod quis ex culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire*).

Il est possible que l'impératif, tel que nous le formulons, doive encore être vérifié sur plus d'un point, mais les recherches que nous avons dû faire pour arriver à cette formule, peut-être encore sommaire, nous ont laissé la conviction qu'il y a au-delà du droit phénoménal des principes qu'il faut connaître pour posséder le droit tout entier [82].

[82] Si notre formule est correcte, au moins dans ses grandes lignes, Sohm était injuste envers le droit romain quand il enseignait (*Institutionen*, 11me édit., § 85) « qu'en cette matière, le code civil allemand a dépassé de beaucoup le point de vue étroit du droit romain ». A notre avis, le code civil allemand, comparé au droit romain, s'est enlisé dans une casuistique piteuse. On commence peut-être à s'en apercevoir, et Sohm supprime la phrase précitée dans sa 13me édition (v. § 85 *i. f.* de cette édition). Il est vrai que dans l'interprétation de la lex Aquilia, les Romains ont toujours exigé la lésion d'une chose ou au moins d'un corps; quand cette condition manque, ils ne donnent plus une action dérivée de la loi Aquilienne *(actio utilis legis Aquiliae, actio in factum accommodata legi Aquiliae)*, mais une *actio in factum* indépendante (l. 11, première phrase, D. 19, 5) qui matériellement est une extension de l'action de dol et non pas de l'action de la loi Aquilienne (v. l. 7, § 7 D. 4, 3; § 16 *i. f.* I. 4, 3; l. 14 pr. D. 19, 5, les fragments cités chez Windscheid, § 455 n. 6, excepté l. 27 D. 20, 1 l. 30 § 2 D. 9, 2, excepté peut-être aussi l. 7 § 14 D. 9, 2; v. ensuite l. 8 § 1 D. 11, 7; l. 33 D. 4, 3, l. 5 § 2 D. 19, 5, etc.). L'action *in factum*, dont parle l. 33 § 1 D. 9, 2, est cette action *in factum* et non pas une *actio in factum accommodata legi Aquiliae*. Si l'on voulait en cette matière comprendre le droit romain dans une formule législative, il faudrait dire : Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (art. 1382 code civil français). Le droit romain a-t-il jamais refusé une action dans le cas d'un dommage parce qu'il n'y

Cependant, nous dira-t-on, si les jurisconsultes romains ont appliqué ces principes, c'est qu'ils les ont connus, et, s'ils les avaient connus, ils les auraient formulés eux-mêmes. Mais pourquoi ne pas croire que les Romains n'ont possédé que l'intuition sûre de ces principes, sans arriver à les formuler, sans même sentir le besoin de les formuler ? De même Savigny et Jhering ont admis qu'ils avaient des idées justes des notions juridiques sans être capables de les définir[83] ?

La représentation inconsciente de ces principes donnait aux juristes romains, donne encore au législateur et au juge moderne le sentiment juridique (Rechtsgefühl), qui lui fait trouver dans les cas concrets la décision qui correspond à l'*aequitas,* à la *bona fides,* au *jus aequum et bonum,* à la *justitia qui suum cuique tribuit.*

Si nous voulons créer une dogmatique dans le sens défini plus haut, il faut créer une dogmatique basée sur tout le développement historique du droit européen ; une dogmatique basée uniquement sur tel ou tel code moderne ne peut avoir plus de valeur, au point de vue purement scientifique, qu'une philologie basée sur le volapuk ou l'esperanto. Je ne dis pas qu'il faille traiter les législations actuelles comme nulles et non avenues. Tout nouveau code est un nouveau chapitre de l'histoire du droit.

Comme nous avons cru trouver un principe de faute, on

avait pas dol, mais seulement faute? (Cf. Windsch, § 451.) Si le droit romain présentait cette lacune dans le système de ses actions en dommages et intérêts on devrait pouvoir donner une preuve positive de cette lacune; les sources devraient contenir un bon nombre de décisions négatives qui viendraient à l'appui de la thèse de Windscheid et de l'opinion dominante.

[83] V. Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit,* 3me éd., p. 29 ; Jhering, *Geist,* 5me éd., § 41, p. 363 s. et plus haut, p. 69 s.

trouvera peut-être un principe d'enrichissement[84]. Heureusement, le code civil allemand a laissé la liberté de recherche à la science dans son § 812 en n'expliquant pas ce qu'il entend par «cause juridique», comme l'art. 1382 du code civil français l'a fait en se taisant sur la notion de « faute ».

De même on trouvera peut-être un principe de restitution, dont la *rei vindicatio* est une application, un principe négatoire, un principe des impenses[85], un principe de la collision des intérêts[86], un principe des risques, etc.

De cette façon, et non par la pleine compréhension des notions juridiques, on découvrira les rapports existant entre les règles de droit, et on aboutira au vrai système de ces règles[87].

[84] V. mes *Prolegomena*, p. 80, n. 1.

[85] V. mes *Prolegomena*, p. 191 ss., et plus haut, p. 84.

[86] V. plus haut, p. 79 ; Moriaud, *Du délit nécessaire et de l'état de nécessité*, p. 252 ss. ; Merkel, *Die Kollision rechtmässiger Interessen ;* mes *Prolegomena*, p. 174 ss.

[87] Ce système nous donnera probablement les arguments nécessaires pour baser solidement tant de règles de droit, qu'il faut, à l'heure qu'il est, accepter sur la seule autorité des jurisconsultes. Les commentateurs du code civil allemand enseignent p. ex. que l'emprunteur doit donner au prêteur les fruits de la chose. On pense évidemment que cela va sans dire. C'est une erreur. Le voleur qui prête la chose volée est, lui aussi, un prêteur !

§ 15. — Possibilité de formuler des définitions exactes. (Importance des cas pathologiques. — Essence et nature).

Il nous reste encore à parler de la possibilité de formuler des définitions juridiques rigoureusement exactes.

Il n'y a qu'une manière tout à fait sûre de prouver cette possibilité, c'est de donner des définitions justes et de démontrer qu'elles le sont. Nous ne nous hasarderons pas à faire cette preuve ici. Ce qu'il faut aussi dans ce domaine c'est la foi. Nous avons montré déjà que l'école historique du siècle passé avait cette foi, et nous avons dit que c'est surtout la faute de cette école si cette foi est sérieusement ébranlée à l'heure qu'il est.

L'école historique moderne donnait une importance outrée aux notions juridiques ; actuellement la tendance est plutôt de regarder les définitions comme des ornements, utiles peut-être pour l'enseignement, mais sans valeur scientifique ni pratique.

Un fait demeure certain : aucune des définitions des notions fondamentales que nous a laissées l'école du siècle passé ne peut résister à une critique sérieuse. Et si le travail de tout un siècle ou peut-être de plusieurs siècles n'a donné que ce résultat, il est compréhensible que l'on désespère du succès.

Il est bien possible que l'insuccès de l'école historique

moderne dans ce domaine s'explique par le fait qu'elle avait cherché une chose qui n'existe pas, mais il y a pourtant encore une autre explication de l'insuffisance de ce résultat, c'est l'insuffisance de sa méthode.

Nous avons déjà vu que l'école de Savigny croyait pouvoir arriver au vrai système des droits en transformant les règles de droit en notions juridiques. Cette erreur méthodologique devait déjà forcément la mener à mettre dans les définitions des notions juridiques des éléments que ces définitions ne doivent pas contenir. De cette façon, dès l'abord on faisait fausse route. On faisait fausse route en donnant aux notions juridiques une importance systématique qu'elles ne peuvent avoir ; c'est que l'on croyait pouvoir comprendre tout le droit dans un système de notions, et qu'on ne voyait pas la nécessité de créer à côté d'un système de notions un système de principes, à côté de la systématique une dogmatique.

Les mots nous donnent quelquefois le change. Dans le domaine de la faute, qui rentre tout entier dans la dogmatique, les notions de faute, *culpa, culpa lata,* etc., ont l'air d'avoir une grande importance. Aussi, dans sa partie générale, la doctrine traditionnelle s'efforce-t-elle surtout de définir ces notions. En les examinant de près, on trouve qu'il y a là des mots et rien de plus. La faute est la violation d'un devoir. La notion de faute et de toute espèce de faute est, comme la notion de trou, une notion purement négative. On ne va pas bien loin en la définissant. Il faut connaître les devoirs susceptibles d'être violés ; en d'autres termes, il faut décrire des impératifs, des règles de droit. Quand on les connaît, il est inutile de remonter à une vague notion de faute ; il suffit de constater que telle sanction s'impose si tel devoir a été violé.

Aussi, dans le domaine de la faute, l'erreur est-elle moins d'avoir essayé de réduire des règles de droit, des impératifs, à des notions juridiques, que d'avoir négligé la recherche des impératifs ; on s'est contenté de ces notions vagues, quitte à admettre ou à refuser, dans un cas concret, la sanction, en se laissant guider par le sentiment juridique.

La tâche de la théorie ne consiste pas à définir des notions vagues, comme celles de la faute, de la bonne foi, ou des bonnes mœurs, mais de les remplacer par des règles de droit. Il faut suivre ici juste le chemin inverse de celui que se proposait de parcourir la doctrine traditionnelle pour arriver au système du droit.

Evidemment on comptait parvenir à ce système en transformant les règles de droit en notions parce que les définitions, telles qu'on les formulait, avaient l'air de contenir les règles de droit. Si l'on définit, par exemple, la propriété comme la domination illimitée sur une chose, cette définition nous dit que le propriétaire est celui qui a le droit d'avoir cette chose et de la réclamer de tout autre[88].

Mais malheureusement, si ces défintions disent bien ce qu'on attend d'elles, elles disent aussi trop.

Le propriétaire a peut-être régulièrement ces deux droits, mais il ne les a pas nécessairement. Des cas peuvent se présenter où le propriétaire n'a pas le droit de réclamer sa chose d'un autre. D'après les XII tables, le propriétaire d'un *tignum junctum* n'avait pas la revendication contre le propriétaire de la maison dans laquelle se trouvait sa poutre. Pour se débarrasser de tels cas, la

[88] Cf. Sohm, *Institutionen*, § 8 *i. f.*

doctrine traditionnelle a inventé, en se servant d'un mot de Gaius (IV, 78), la catégorie du repos, du sommeil des droits *(actio quiescat)*. Un tel droit dort; à un moment donné il sera peut-être réveillé *(resuscitari)*. De même, un propriétaire dont la revendication est prescrite selon les règles de l'ancienne *prescriptio longi temporis,* ne peut plus réclamer sa chose du prescrivant. Mais il n'est pas nécessaire de remonter aussi loin dans l'histoire du droit. Dans tous les cas où une personne a une exception péremptoire contre la revendication du propriétaire, le propriétaire ne peut lui réclamer la chose. Le droit de réclamer la chose n'est nullement identique avec la *rei vindicatio*. La revendication ne correspond à ce droit que lorsqu'elle est efficace. — J'ose aller plus loin en disant qu'il y a des propriétaires qui n'ont pas la revendication ou mieux le droit de réclamer la chose, parce qu'ils ne peuvent pas l'avoir, j'entends les nouveau-nés et les crétins (Willensunfähige). Ils n'ont que l'intérêt de réclamer la chose, jugé digne de protection par le droit objectif, mais leur tuteur, s'ils en ont un, a seul le moyen juridique de sauvegarder cet intérêt. Je sais bien que je profère là une affreuse hérésie (Cf. Windscheid, 4me édit. § 37, n. 2 *i. f.*), mais une hérésie n'est pas nécessairement une erreur. J'essayerai de défendre ailleurs cette thèse.

Peu importe du reste ce qu'on pense de ce dernier argument, il faut bien avouer qu'il y a des cas où le propriétaire n'a pas le droit de réclamer sa chose d'un autre.

On nous dira : ce sont des cas pathologiques, des cas anormaux.

Cette objection nous met en présence d'une question grave dont l'étude révélera une deuxième cause de l'échec de l'école historique moderne dans ce domaine.

En décrivant les notions juridiques, faut-il tenir compte seulement des formes normales régulières dans lesquelles ces notions se présentent et négliger les cas exceptionnels, anormaux, pathologiques, ou faut-il au contraire prendre en considération ces derniers cas?

Je ne crois pas me tromper si j'affirme que c'était un axiome de la logique juridique de l'école historique moderne que les cas exceptionnels, anormaux, n'ont pas voix au chapitre. Toute la théorie des droits est basée sur cet axiome méthodologique. Il est vrai qu'il ne s'agit pas d'une loi écrite ni d'une question tranchée après une discussion sérieuse; c'était plutôt une règle qu'on appliquait parce qu'elle semblait toute naturelle. Cela explique pourquoi l'on a cru quelquefois devoir faire des concessions à ces cas anormaux. Ainsi nous voyons Windscheid essayer de prouver que sa définition du droit subjectif s'accorde avec la possibilité pour des nouveau-nés et des fous d'avoir des droits sans être pourvus d'un tuteur (*Pand.* § 37, n. 3). Mais il ne faut pas oublier ceci : La définition que Windscheid nous donne, et qui est encore à l'heure actuelle la définition dominante, a été formulée sans qu'on tînt compte de ces cas anormaux. C'est seulement avec l'éveil progressif de la conscience scientifique et de l'esprit logique qu'on a senti le besoin de mettre la définition courante en accord avec des cas pareils. Il est possible qu'on y ait réussi, mais ce n'est pas probable. (V. p. ex. la flagrante contradiction chez Windscheid, § 37, n. 3, et § 48 *a.*, n. 5.)

Cet exemple est encore intéressant dans un autre sens. Les droits des nouveau-nés et des fous sont-ils vraiment des droits anormaux? Au point de vue pratique, législatif, assurément non! Quel législateur aurait l'idée de refuser

des droits à ces personnes ? Ils sont anormaux uniquement envisagés d'après une théorie préconçue. En qualifiant un cas de cas pathologique, nous risquons donc de procéder arbitrairement.

Windscheid renonce à mettre d'accord les droits sans sujet avec sa définition. Il se contente de dire qu'il s'agit là d'une extension de la notion de droit ! (*Pand.*, § 49).

L'idée de Windscheid est donc celle-ci : que normalement les droits subjectifs ont des sujets. C'est pour cela qu'il croit pouvoir faire abstraction des cas de droits sans sujet, dont la réalité est du reste vivement contestée — de bonne foi, cela va sans dire — par ceux qui sentent que les fondements de la théorie traditionnelle et de l'opinion courante actuelle s'écrouleraient si on les admettait et qu'on tirât de leur existence toutes les conséquences dictées par une logique sévère[89].

[89] On peut, il est vrai, contester la réalité des droits sans sujet, mais on ne saurait les faire disparaître. STAMMLER (*Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*), à mon avis, n'a pas mieux que d'autres réussi à nous débarrasser de ces phénomènes gênants (v. tout particulièrement ce qu'il dit au sujet de la fondation, p. 38) ; mais il a trouvé un argument nouveau pour les combattre : il croit avoir démontré que ces droits ne peuvent exister. — SAVIGNY, ainsi que nous l'avons vu plus haut, pensait que le système Hugo-Heise découle comme une conséquence nécessaire de l'essence de l'homme. Stammler veut prouver que la notion « sujet de droit » est une catégorie indispensable à la pensée juridique. — La doctrine traditionnelle part de la pensée préscientifique (v. plus haut, p. 59 ss.) contenue dans le langage ordinaire pour arriver à l'axiome : « aucun droit sans sujet ». Savigny et Stammler trouvent leurs résultats par des arguments extrajuridiques, rationnels, philosophiques. — Il est difficile de dire laquelle des deux méthodes est la plus dangereuse pour notre science. L'une nous empêche de faire des recherches, parce qu'elle fait croire que nous possédons déjà la vérité, l'autre nous prend la liberté d'examen au nom de la philosophie. — D'après Stammler les notions de « sujet de droit » et d'« objet de droit » sont des catégories de la pensée juridique aussi indispensables que les notions de cause et d'effet dans le domaine des sciences naturelles. Ce qu'enseigne Stammler serait rigou-

Regelsberger[90] partage l'opinion de Windscheid sur ce point. « Les droits », dit-il, « exigent un sujet dans leur forme *normale* ». C'est pour cela qu'à ses yeux l'hérédité jacente est un patrimoine placé dans une situation *anormale*[91]. Il se croit donc en droit de ne pas tenir compte de l'hérédité jacente dans la théorie des personnes juridiques, qui, à notre avis, doit son origine justement à la réalité des droits sans sujet[92]. Nous sommes loin de contester la théorie germanique, défendue aussi par Regelsberger[93], d'après laquelle l'Etat, les communes, les associations ne sont pas des fictions, mais des êtres aussi réellement existants que les personnes naturelles. Néanmoins cette vérité, qu'il faut retenir, ne résout pas sans reste le problème des droits sans sujet. Peut-on ou doit-on même négliger ce reste et se contenter d'une description des droits qui nous dit ce que sont les droits dans leur

reusement exact, si les notions « sujet » et « objet de droit » étaient identiques aux notions « but » et « moyen ». Le sujet de droit n'est qu'un des buts, l'objet de droit n'est qu'un des moyens possibles pour le législateur. Il y a d'autres buts, d'autres moyens. L'intérêt soit d'une seule personne (peu importe qu'elle existe déjà ou qu'elle ne soit qu'une personne future, un *nasciturus*), soit d'une pluralité de personnes déterminées (tous les héritiers appelés successivement : hérédité jacente) soit d'une pluralité de personnes indéterminées (les pauvres, ou même toute la société) constitue un but et même un but final dans le sens de Stammler. Le droit public crée en général ses moyens de droit dans l'intérêt de la société entière. — Le titulaire du droit (Rechtsträger) n'est pas nécessairement identique avec l'intéressé (Interessenträger), (v. Regelsberger, *Pand.*, § 15, II). Dans le droit public c'est même le contraire qui est la règle ; pourquoi la non-identité ne pourrait-elle pas être au moins l'exception dans le droit privé ? Et pourquoi, comme but final, le droit objectif ne pourrait-il pas au besoin, pour créer les moyens juridiques nommés droits (dans le sens subjectif), se contenter d'un intéressé ?

[90] *Pand.*, § 56.

[91] *Pand.*, § 95, p. 362, *i. f.*

[92] Cf. Windscheid, *Pand.*, § 49.

[93] *Pand.*, § 75.

forme normale, ou faut-il tenir compte aussi de ces cas pathologiques?

Cette question se répète pour toutes les définitions des notions juridiques du droit de patrimoine. Il serait aisé de prouver que les cas anormaux, pathologiques, sont absolument négligés dans les définitions usuelles des notions du droit de patrimoine, c'est-à-dire dans les définitions qui ne sont pas restées uniquement à l'état de propositions personnelles et qui forment le fond de la théorie traditionnelle, la base sur laquelle s'étaye encore aujourd'hui la pensée juridique.

Nous nous contenterons de parler ici de la définition de la propriété.

Baron[94] nous donne la définition classique, reconnue comme telle encore à l'heure qu'il est, ainsi que nous le verrons. « La propriété », dit-il, « est dans la règle le droit de la domination complète et exclusive sur une chose[95] ». Les mots « dans la règle » indiquent de façon assez claire que cette définition renonce à tenir compte des formes soi-disant anormales de la propriété. Baron avoue du moins que cette définition est critiquable parce qu'elle ne s'applique pas à ces formes; mais il pense qu'on n'a pas trouvé mieux.

C'est une honte pour notre science que de pareilles définitions, attaquées déjà il y a un demi-siècle par ceux qui en agrémentaient leurs manuels, ne finissent pas par disparaître; au contraire elles gagnent en autorité. Une

[94] *Pand.*, § 125.

[95] On trouve un bon nombre de définitions chez Baron *(l. c.)* et Schlossmann, *Ueber den Begriff des Eigentums* (*Jherings Jahrb.*, t. 45, p. 314, n. 3, 386 ss.). La majorité d'entre elles ne se distingue que par la forme de celle que Baron a acceptée.

telle inertie théorique ne peut s'expliquer, à mon avis, que par le fait qu'on met toujours le but pratique de notre science au premier plan. Dans la deuxième édition de Planck[96] on lit : « On s'accorde, dans la science d'aujourd'hui, à reconnaître que la propriété est le droit de domination complète et exclusive sur une chose. On discute seulement pour savoir s'il suffit de décrire cette domination ou s'il faut tenir compte aussi des restrictions que la propriété peut subir directement par les dispositions de la loi, ou indirectement par les droits des tiers. Cependant », ajoute l'auteur, « cette question n'a guère qu'une importance théorique ». C'est là une grosse erreur. Dans une foule de cas pratiques, la conception que nous nous faisons de la propriété dictera la décision. Et je suis convaincu que le code civil allemand aurait adopté un autre système de livre foncier, un système moins boiteux que le sien, si l'on s'était occupé davantage de cette question de la théorie pure. Il n'existe aucun problème théorique qui n'ait au moins indirectement une portée pratique.

Peu d'années avant l'apparition du commentaire de Planck, Wundt avait écrit dans son grand ouvrage sur la logique (II, II, 1895, p. 579) : « Les dossiers d'une discussion scientifique sur les notions du crime, de la peine, de la possession et de la propriété, qui touchent aux fondements des notions juridiques élémentaires, resteront ouverts probablement encore longtemps ». Le commentaire de Planck croit que le dossier de la propriété est clos déjà maintenant. Il semble au contraire que de-

[96] *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, t. III, p. 129, 1902.

puis un demi-siècle un recul, au lieu d'un progrès, se soit produit dans ce domaine. Je ne nie pas qu'on n'ait écrit sur ce sujet des choses de grande valeur, je crois au contraire que la vraie définition de la propriété a été trouvée depuis fort longtemps ; mais on ne l'a pas acceptée, parce que cette formule ne représente pas la propriété dans sa forme normale, régulière, montrant tous les droits que le propriétaire peut avoir, mais qu'elle dit plutôt ce que la propriété est toujours et partout.

En négligeant les cas pathologiques, la méthode traditionnelle décrit les notions juridiques dans une forme qu'on pourrait appeler leur nature. De même que naturellement l'homme a deux jambes, deux bras, deux yeux, etc., de même aussi la propriété nous donne, naturellement aussi, le droit de réclamer la chose de toute tierce personne. Il s'agit donc là d'une forme qui a une certaine importance et qu'il faut connaître. Mais ce n'est pas la forme qui doit nous intéresser le plus quand nous cherchons les bases du système. Les définitions qui seules peuvent aider à le construire doivent être des descriptions de l'essence des phénomènes juridiques.

Un homme est encore un homme quand il lui manque les jambes, les bras ou les yeux. Celui-là donc qui veut décrire l'essence de l'homme doit faire abstraction de tout cela. Sans doute les sciences naturelles n'essayent pas, et cela avec raison, de donner des descriptions d'essence, parce qu'elles ne le peuvent pas. Mais nous avons déjà vu plus haut que les sciences de l'esprit, c'est-à-dire les sciences dont les objets sont des produits de l'esprit humain, peuvent parvenir à la connaissance complète de leurs objets. Les sciences de l'esprit, et surtout celles qui sont, comme la science juridique, des sciences

systématiques, peuvent et doivent chercher des définitions d'essence.

Il semble aussi que dans leurs études systématiques, les juristes s'efforcent d'arriver à des définitions de ce genre. Ils croient du moins chercher l'essence des choses. Ils le croient parce qu'ils confondent deux notions, l'essence et la nature. On appelle essence ce qu'on devrait appeler nature, ou encore on les identifie à la légère.

D'après Sohm, l'essence des droits patrimoniaux consiste dans leur disponibilité[97]. Mais si du temps de Cicéron quelqu'un devait mille sesterces, le créancier n'avait-il pas un droit patrimonial ? Sohm est forcé de répondre : dans ce temps-là les obligations n'étaient pas encore de véritables droits patrimoniaux[98]. Mais peut-on prétendre encore que l'essence des droits patrimoniaux consiste dans leur disponibilité, s'il y a des cas où ces droits ne sont pas cessibles[99] ?

Sohm aurait raison s'il avait dit que de nos jours, comme déjà du temps de Justinien, les droits patrimoniaux sont disponibles par leur nature[100].

Sous cette forme restreinte : les droits patrimoniaux sont disponibles par leur nature, la thèse de Sohm sera peut-être adoptée malgré la résistance qu'elle a trouvée jusqu'à présent. Sous cette forme aussi, elle peut avoir

[97] *Institutionen*, § 29 : « Das Wesen der Vermögensrechte ist ihre Verfügbarkeit » ; *Gegenstand*, § 4 et 15.

[98] *Institutionen*, § 19 et § 87.

[99] V. p. ex. § 399, 400, 134 code civil allemand.

[100] Ou bien « der Art nach », « im Grundsatz », ce qui a l'air d'être identique avec « der Natur nach ». Il est peut-être juste de dire que la propriété est « ihrer Art nach », « im Grundsatz », un droit illimité, mais elle ne l'est pas selon son essence. (Cf. Sohm, *Noch einmal der Gegenstand*, *Jherings Jahrbücher*, t. 53, p. 379, 380, n. 14 et 15, *Gegenstand*, p. 88.)

une grande valeur pour l'interprétation de la loi, bien qu'elle ne puisse jouer aucun rôle dans la systématisation des droits[101], mais cette disponibilité ne fait pas partie de leur essence. S'il en était ainsi, aucun législateur du monde ne pourrait ordonner que dans tel ou tel cas un droit patrimonial soit incessible[102]. C'est la caractéristique des *essentialia* qu'ils ne peuvent faire défaut, et c'est au contraire la caractéristique des *naturalia*, que dans un cas donné, ils peuvent manquer complètement. Ce fait a déjà été judicieusement observé par celui qui le premier avait distingué entre les *essentiala* et les *naturalia negotii*. Mais en général ces deux notions sont tellement confondues dans notre science qu'on a peine à s'abstenir de faire cette confusion lorsqu'on traite un sujet dans lequel on veut la combattre.

Les cas pathologiques entrent en opposition avec la nature des choses et non avec leur essence. Si un droit est sans sujet comme par exemple un droit compris dans une hérédité jacente, ce droit se trouve — admettons-le — dans une situation anormale et l'on ne fait peut-être pas erreur en disant que normalement les droits ont des

[101] Cf. Sohm, *Noch einmal der Gegenstand*, *l. c.*, p. 374 et 387 *i. f.*

[102] V. aussi Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2e éd., p. 55 : « Privatrecht ist grundsätzlich trennbar von der Person seines Trägers durch den Willen des Trägers selbst. Beschränkungen der Verfügungsmacht können durch zwingendes Recht und Verabredung stattfinden, entspringen jedoch niemals dem Wesen des Rechts selbst. » Jellinek confond de la même manière que Sohm les notions nature et essence. En tant que descriptions d'essence leurs définitions sont critiquables, en tant que descriptions de nature on peut défendre l'une aussi bien que l'autre, et pourtant ces définitions se contredisent ; car d'après Sohm la disponibilité n'est essentielle qu'aux droits patrimoniaux, d'après Jellinek la disponibilité est essentielle à tous les droits privés. On voit donc à quelles conséquences mènent les descriptions de nature, fussent-elles même irréprochables comme telles.

sujets; mais cette constatation qui, du reste, ne coûte pas grand effort de réflexion, ne dit rien sur l'essence des droits, sur cette essence que doit découvrir le constructeur d'un vrai système. Forcément l'essence du droit doit s'accommoder de l'absence de tout sujet.

Il ne faut donc pas négliger les cas pathologiques; au contraire, il faut les chercher, car c'est par leur étude seule qu'on arrive à l'essence des choses.

Ce qui nous pousse à chercher des descriptions de nature plutôt que des définitions d'essence, c'est peut-être le besoin de relever les traits des notions qui leur donnent le plus d'intérêt au point de vue juridique et le plus d'importance au point de vue économique. La propriété dans le cas du *tignum junctum* peut être intéressante pour celui qui aime des choses extraordinaires, mais celui qui doit dire à d'autres ce qu'est ce droit, préfère faire abstraction de cette forme de propriété. Pour lui ce droit est, dans ce cas, pire qu'une nue propriété: c'est une propriété qui dort et qu'il faut laisser dormir. Ce qui frappe surtout dans la propriété, c'est la toute-puissance de ce droit; comment pourrions-nous donc la décrire sans tenir compte de cette puissance?

Mais est-ce qu'un lieutenant tout nu, un lieutenant qui dort n'est pas un lieutenant? Certainement un général qui n'aurait à sa disposition que des officiers et des soldats tout nus, serait vite battu. Un lieutenant normal, en état de remplir son rôle, doit avoir un uniforme et doit être éveillé, et pourtant dans le noyau logique de la notion de lieutenant nous ne trouvons pas ces éléments. Un lieutenant n'est autre chose qu'une personne à laquelle la magistrature compétente a décerné ce grade. Si nous ajoutons quelque chose de plus à la définition de lieute-

nant, si nous voulons décrire toute son importance stratégique, en le définissant, nous commettons une grosse faute de logique.

Pour la systématique et pour des opérations logiques quelconques, les descriptions de nature ne sont d'aucune valeur. Quand elles se présentent en cette qualité au moyen d'un petit mot comme « dans la règle », « normalement », « en soi », elles ont au moins l'avantage d'être inoffensives, mais elles deviennent dangereuses quand elles se présentent comme des définitions d'essence, surtout si leur auteur les prend lui-même pour telles, comme c'est le cas pour la description que Sohm fait des droits patrimoniaux.

La systématique ne peut pas dire tout ce qui concerne les notions juridiques; il faut qu'elle laisse sa part à la dogmatique ; si l'on veut comprendre tout dans les définitions, on devrait alors tenir compte aussi des faits juridiques qui font naître et éteindre les droits.

Kohler va jusque là en décrivant le droit des créanciers maritimes (Schiffsgläubiger)[103]. Il dit que ce droit a ses particularités spéciales ; qu'il est acquis d'après des principes spéciaux et qu'il s'éteint d'après des règles qui lui sont propres.

Il nous semble impossible que jamais ces règles puissent jouer aucun rôle dans la définition d'un droit.

La présence de ces faits juridiques n'est qu'une condition sous laquelle le droit objectif ordonne que tel ou tel droit prenne naissance ou s'éteigne. Ces faits juridiques ne peuvent pas avoir plus d'influence sur l'essence des droits qu'ils engendrent ou éteignent qu'un interrupteur

[103] *Archiv für die Civil. Praxis,* t. 91, p. 158.

électrique sur l'essence de l'électricité qu'il arrête ou à laquelle il donne libre cours. Les vraies sources des droits ne sont pas ces faits juridiques, auxquels cependant on donne fréquemment ce nom de « sources »; ce sont les règles de droit auxquelles les faits juridiques donnent l'occasion de s'appliquer.

A notre avis, on ne doit pas non plus tenir compte de ces règles dans les définitions, mais la connaissance de leur essence est de la plus haute importance pour la connaissance des droits eux-mêmes.

Il est vrai qu'ici, de même que très souvent dans les recherches scientifiques, il faut supposer déjà connue l'essence des droits pour en induire l'essence de ces règles. Il semble donc qu'on ne peut rien retirer de l'essence de ces règles pour la connaissance de l'essence des droits. Mais c'est une simple apparence. Cette transformation de notre connaissance permet de la soumettre à une épreuve de plus, dont, sans elle, nous devrions nous passer. Il est possible, par exemple, que la conception que nous nous sommes faite de la propriété et des autres droits nous amène à regarder ces règles de droits comme des impératifs. Dans ce cas, nous sommes forcés de conclure que ces impératifs s'adressent aussi à des crétins et des nouveau-nés. Arrivés à cette constatation, nous devons avoir le courage de défendre cette thèse, comme le fait Thon[104], ou revenir en arrière et soumettre à une revision notre conception des droits.

[104] *Rechtsnorm und subjektives Recht*, p. 90 ss., et *Der Normenadressat*, *Jherings Jahrb.*, t. 50, p. 1 ss. Le produit d'un impératif (norme) est toujours un devoir. Les incapables (Willensunfähige) ne peuvent avoir des devoirs (juridiques), mais ils peuvent avoir des obligations, des dettes passives. Dans la règle les obligations sont combinées avec

Mais la revision, pour avoir de la valeur, doit être radicale. Prétendre, comme le fait Zitelmann[105], que les obligations et droits des incapables (Willensunfähige) sont différents des obligations et des droits des autres personnes, c'est perdre tout l'avantage qu'on devrait retirer de la constatation contradictoire que ces impératifs s'adressent aussi à des Willensunfähige.

Si vraiment les droits de ces personnes sont différents des droits des autres personnes, il existe alors deux espèces de droits, mais ces deux espèces de droits doivent pourtant être réductibles à une notion commune de droit subjectif. En quoi consiste alors cette notion ?

On le voit, il ne sert de rien de se débarasser pour un instant des droits des incapables; ils reviendront à la charge; ils veulent être classés, eux aussi, dans le système des droits.

des devoirs juridiques, mais cela n'est pas absolument nécessaire. Dans le cas des incapables, leur représentant légal (gesetzlicher Vertreter) est chargé des devoirs qui sont indispensables dans l'intérêt des créanciers. Et rien n'empêche que la violation de ces devoirs de la part du représentant légal n'entraîne, sous la forme d'une obligation, une conséquence fâcheuse pour l'incapable (v. p. ex. § 278 code civil allemand).

[105] *Internationales Privatrecht,* t. I, p. 47, n. 8.

§ 16. — **Conclusion.**

Nous nous sommes contenté de faire, dans la deuxième partie de notre travail, quelques remarques méthodologiques.

A notre avis, tant qu'on n'aura pas soumis toute la logique de la science juridique à une revision sérieuse, il sera impossible d'arriver à un système dans le sens que nous avons cru pouvoir donner à ce terme, d'accord avec Savigny, Jhering et Windscheid.

Tant qu'on n'est pas d'accord sur des questions comme celle de la notion de l'essence des phénomènes juridiques, aucun progrès réel n'est possible dans la systématique du droit.

Dans les discussions de haute théorie juridique, des prémisses purement logiques jouent toujours un rôle considérable. On croit, en général, pouvoir les formuler en se laissant guider par le simple bon sens. C'est à notre avis une grande erreur. Le bon sens suffit, dans la règle, pour nous dire si une conclusion est correcte ou non, mais il ne nous donne aucune définition de l'essence des phénomènes juridiques. C'est l'intuition plus ou moins consciente des choses qui sera notre guide dans de pareilles questions, mais cette faculté, d'une très grande valeur tant qu'il s'agit uniquement d'apercevoir des pos-

sibilités, d'émettre des hypothèses, n'est pas une base solide pour un travail scientifique définitif.

La science juridique doit, comme tout autre science, travailler avec pleine conscience de sa méthode, de sa logique. Sans cette conscience, tout chercheur peut, individuellement, arriver à des résultats excellents, mais pourquoi l'écoutera-t-on lui, plutôt que ses adversaires?

Une fois universellement reconnue, la méthode deviendrait pour l'ensemble des chercheurs comme une sorte de règlement de délibération; mais tant que ce règlement n'existera pas, il y aura dispute de savants plutôt que discussion scientifique.

La haute théorie du droit néglige trop souvent la vérification de ces prémisses d'ordre purement logique, et la science pratique du droit accroît la possibilité d'erreur en adoptant sans critique les résultats, en partie séculaires, de la haute théorie, résultats basés sur ces prémisses logiques critiquables. Ce n'est qu'une constatation que nous faisons là, ce n'est pas un reproche; car une science pratique est forcée d'accepter comme justes les données de la théorie pure de son temps, si elle ne veut pas remonter elle-même jusqu'aux problèmes les plus ardus, ce qui la ferait sortir de son rôle et diminuerait sa valeur pratique.

Mais nous faisons cette constatation pour ceux — et leur nombre est légion — qui regardent toute théorie pure en droit comme une vaine spéculation.

TABLE DES MATIÈRES

I. Critique.

Pages.

§ 1. Origine du système dominant 5
§ 2. Cause du succès du système Hugo-Heise 8
§ 3. Signification du mot « système » 11
§ 4. Union du droit de famille et du droit de patrimoine en un système unique 15
§ 5. La partie générale 20
§ 6. La partie des obligations (Notion du Schuldverhältnis) 40
§ 7. Récapitulation 52

II. Vers la réforme.

§ 8. Résumé des résultats positifs de la partie critique . . 55
§ 9. Valeur de la logique du langage ordinaire 59
§ 10. Importance des notions juridiques pour la systématisation. Rapport entre ces notions et les règles de droit 62
§ 11. La réalité juridique des notions et principes. L'œuvre de la théorie 68
§ 12. Systématique et dogmatique 73
§ 13. Possibilité de formuler des principes 80
§ 14. Les principes et l'explication dogmatique 83
§ 15. Possibilité de formuler des définitions exactes. (Importance des cas pathologiques. — Essence et nature.) 94
§ 16. Conclusion 110